

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Mathieu, Géraldine

Published in:
Filiation et parentalité

Publication date:
2014

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mathieu, G 2014, Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans *Filiation et parentalité: actes du XIIIe colloque de l'Association "Famille & Droit", Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013*. Famille & Droit, VOL. 7, Bruylant, Bruxelles, p. 35-94.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ORIGINES, PARENTALITÉ ET PARENTÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (*)

PAR

GÉRALDINE MATHIEU

MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ DE NAMUR

CHERCHEUSE AU CENTRE VULNÉRABILITÉS & SOCIÉTÉS

ET

GEOFFREY WILLEMS

ASSISTANT AU CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE
ET DE SON PATRIMOINE DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

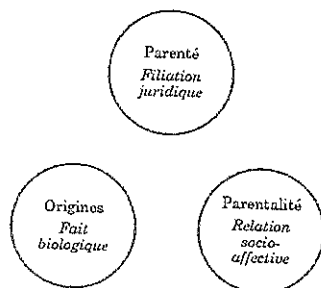
INTRODUCTION

1. La Cour européenne a eu l'occasion, au cours des dernières années, de rendre de nombreuses décisions en matière de filiation. Ces décisions portent tout autant sur l'établissement du lien de filiation que sur l'anéantissement de ce lien et la Cour se trouve évidemment confrontée aux hésitations contemporaines entre les fondements biologique et socio-affectif de la filiation juridique. En la matière, le juge européen doit – comme il a souvent pu l'affirmer – lire les dispositions de la Convention à la lumière d'autres instruments internationaux au rang desquels l'on compte – par exemple – la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (1), la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ou encore la Convention du 15 octobre 1975 relative au statut juridique des enfants nés hors mariage.

(*) Ce texte tient compte de la jurisprudence de la CEDH jusqu'au 1^{er} janvier 2014.

(1) L'article 7 prévoit notamment qu'un enfant a, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

2. Origines, parentalité et parenté se conjuguent parfois dans le chef d'une seule et même personne : le géniteur de l'enfant est aussi son éducateur et cette double relation factuelle (le fait biologique et le fait social et affectif) est instituée par le droit dans le lien de parenté juridique. La parenté se distingue donc des origines et de la parentalité en raison du plan proprement institutionnel sur lequel elle se situe.



Origines, parentalité et parenté ne vont toutefois plus aujourd'hui nécessairement de pair. Tant s'en faut. Les enfants souhaitent savoir de qui et comment ils sont venus au monde et sont intégrés dans divers réseaux de relations socio-affectives. Il n'est absolument pas impossible que ces trois liens soient répartis entre trois personnes différentes ce qui ne va évidemment pas sans multiplier les hypothèses de conflits.

3. La Cour européenne appréhende les questions d'origines, de parentalité et de parenté par le prisme de son article 8 qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale. Ces deux notions ont fait l'objet d'une interprétation dynamique, évolutive ou constructive.

Le droit au respect de la *vie privée* (2) pouvait initialement se comprendre comme un simple droit à une sphère privée protégée des immixtions étatiques (3), mais, dès 1992, la Cour considère qu'il est excessivement restrictif de cantonner cette notion « à un

(2) Voy. F. SUDRE, « Rapport introductif : la construction par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005.

(3) Voy. les affaires *Klass* ou *Leander*.

cercle intime où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur » et qu'elle « doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables » (4). C'est au titre de la protection de la vie privée que la Cour européenne a progressivement dégagé un droit général à la connaissance des informations essentielles pour l'identité puis un droit plus spécifique à la connaissance de ses origines.

Au titre du respect de la *vie familiale* (5), les juges européens ont progressivement consolidé une conception suivant laquelle toute relation affective horizontale (entre adultes) ou verticale (entre adulte et enfant) est susceptible de bénéficier de la protection de l'article 8, pourvu qu'elle présente une effectivité suffisante. La Cour a ainsi pu affirmer, rapidement, que la vie familiale protégée couvrirait non seulement les liens familiaux existant au sein de la famille « légitime » fondée sur le mariage, mais également, par exemple, ceux qui se nouent dans la famille « naturelle » (6) ou « adultérine » (7). Par la suite, elle a expressément inclus dans le

(4) Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992.

(5) Voy. F. SUDRE, « Rapport introductif : la construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et justice, n° 33, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008.

(6) Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 31 : « l'article 8 vaut [...] pour la "vie familiale" de la famille "naturelle" comme de la famille "légitime" » et « Paula Marckx a pris en charge sa fille Alexandra dès sa naissance et n'a cessé de s'en occuper, de sorte qu'il a existé et existe entre elles une vie familiale effective ».

(7) Cour eur. D.H., arrêt *Johnston c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 72. La Cour a souligné que sa jurisprudence relative à l'intégration de l'enfant dans sa famille valait aussi pour la situation de « parents qui vivent avec leur fille une relation familiale depuis nombre d'années mais ne peuvent s'épouser en raison de l'indissolubilité du mariage de l'un d'eux » (§ 72). Dans l'arrêt *Keegan c. Irlande* rendu le 26 mai 1994, la Cour a expressément affirmé que les liens familiaux de facto noués dans le contexte d'une cohabitation hors mariage constituent une vie familiale protégée et que l'enfant issu de cette relation « s'insère de plein droit dans cette vie familiale dès sa naissance et par le fait-même de celle-ci » et cela « même si à l'époque de sa naissance, les parents ne vivaient plus ensemble ou si leur relation avait alors pris fin » (§ 44). L'arrêt *Kroon c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994 a consacré la conception suivant laquelle le foyer composé par une femme et un homme non mariés et leur enfant constituait une vie familiale protégée par l'article 8, cela même en l'absence d'une cohabitation permanente, dès lors que d'autres éléments – telle la présence de trois autres enfants communs nés ultérieurement – traduisaient l'existence de liens effectifs (§ 30). La limite de la flexibilité de la notion de vie familiale semble atteinte dans la décision d'irrecevabilité *Nylund c. Finlande* du 26 juin 1999. En l'espèce, la Cour a constaté que « le requérant n'a en fait jamais vu l'enfant ni formé un lien affectif quelconque avec elle. À cet égard, le cas d'espèce diffère des affaires *Keegan* et *Kroon* et autres (précitées), où les requérants avaient des liens affectifs avec les enfants en question. De plus, contrairement à ces dernières affaires, la mère de l'enfant nie que le requérant soit le père ». Dans semblable contexte, la Cour estime que « le

champ de protection de l'article 8 les relations entre adoptant(s) et adopté(8) ou entre beau-parent et bel-enfant(9) et, plus récemment, entre parent d'accueil et enfant accueilli(10).

Ainsi, le droit de connaître l'identité de ses géniteurs relève-t-il de la vie privée tandis que la protection des relations effectives entre adulte et enfant relève de la vie familiale. Le débat concernant la filiation juridique se livre alors, quant à lui, alternativement sur l'un ou l'autre de ces deux plans suivant la configuration spécifique de chaque situation et en fonction du fondement biologique ou socio-affectif sur lequel est articulée la revendication de l'établissement d'un lien de parenté.

La présente contribution explore dès lors les rapports incertains qui peuvent exister, dans la jurisprudence de la Cour européenne,

lien du requérant avec l'enfant constitue une base insuffisante en droit et en fait pour que la relation alléguée puisse relever de la notion de vie familiale au sens de l'article 8 § 1 de la Convention » (B.1). La Cour a eu, par la suite, de nombreuses occasions de revenir sur la question de savoir si le lien entre le père biologique et son enfant est constitutif d'une vie familiale protégée par la Convention. Notamment, dans son arrêt *Rozanski c. Pologne* du 18 mai 2006, elle a pu décider, dans un contexte où « D. had been born out of a relationship between the applicant and Ms B. F. that had lasted for about four years » et où « the applicant has shown, in the Court's opinion, demonstrable interest in and commitment to the child both before and after the birth » (§ 64) que le lien entre le requérant et l'enfant relevait du champ d'application de l'article 8 (§ 63).

(8) Dans les affaires *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg et Négrepontis-Giannis c. Grèce*, la Cour a affirmé que les liens qui existaient entre une femme et une petite fille adoptée au Pérou, mais dont l'adoption n'était pas reconnue au Luxembourg, de même que la relation entre un homme adulte et son oncle ecclésiastique qui l'avait adopté aux États-Unis, constituent des vies familiales dont la protection est garantie par l'article 8 de la Convention. Dans son arrêt *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012, la Cour a semblablement considéré que les liens noués entre un adulte et l'enfant qu'il a pris en charge au titre d'une *kafala* algérienne méritaient la protection de l'article 8 (§ 46). Elle a aussi réaffirmé que si l'article 8 n'induisait ni le droit de fonder une famille, ni celui d'adopter, cela n'empêche pas que l'État a parfois « l'obligation positive de permettre la formation et le développement de liens familiaux ».

(9) Dans son arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012, la Cour s'est référée à la décision séparée qu'elle avait pu prendre le 31 août 2010 et a rappelé que l'examen *in concreto* de la situation des requérants rendait compte de l'existence d'une vie familiale protégée par l'article 8 et qu'en outre, l'orientation sexuelle relevait de la sphère personnelle protégée par cette même disposition, en manière telle qu'en vue de l'application de l'article 14 de la Convention, il pouvait être considéré que les faits de la cause tombaient sous l'empire de l'un au moins des articles de la Convention (§ 37). Cette approche a été solennellement confirmée dans l'arrêt de grande chambre *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013.

(10) Dans l'arrêt *Moretti et Benedetti c. Italie*, la Cour a expressément admis l'existence d'un lien constitutif d'une vie familiale entre des parents d'accueil et l'enfant qu'ils avaient pris en charge. Cette extension du champ d'application de la vie familiale a été confirmée dans une affaire *Kopf et Liberda c. Autriche*, soldée par un arrêt du 17 janvier 2012, dans laquelle un couple viennois avait accueilli un petit garçon âgé de deux ans pour une période de quarante-six mois et introduit une demande en adoption de l'enfant.

entre les origines, la parentalité et la filiation juridique. Nous proposons, à cet égard, d'examiner, en premier lieu, la question d'un éventuel droit à voir traduite dans l'institution de la filiation une relation familiale verticale biologique (mais pas affective) (Section 1) ou, inversement, une relation familiale verticale affective (mais non biologique) (Section 2). En second lieu, nous posons la question d'un droit absolu à l'établissement d'un lien de filiation en cas de corrélation entre le critère biologique et le critère socio-affectif et nous évoquons les modes de règlement des hypothèses de conflit entre ces deux dimensions possibles de la relation adulte-enfant (Section 3).

SECTION 1. LES ORIGINES

4. Il convient, à ce stade, sur le fondement des enseignements de la jurisprudence de Strasbourg, de s'interroger sur l'existence d'un droit pour l'individu de voir traduit dans l'institution de la filiation (parenté) un lien biologique (origines), en l'absence de relation affective (parentalité). Nous questionnons donc ici l'articulation entre la vérité biologique et la filiation juridique.

À cet égard, nous montrerons tout d'abord qu'aux yeux de la Cour, la connaissance du lien biologique est susceptible de revêtir une importance capitale pour elle-même, indépendamment de la consécration de ce lien dans un rapport de parenté. La Cour reconnaît ainsi expressément aux individus, sur le fondement du droit au respect de la vie privée, le droit de connaître les éléments essentiels qui composent leur identité personnelle et ce droit induit la possibilité pour une personne d'accéder aux informations relatives à ses origines au sens large du terme : sa naissance, son enfance, mais aussi l'identité de ses géniteurs (§ 1).

Mais au-delà de la connaissance de ses origines biologiques, la Cour considère également que le respect de la vie privée emporte la possibilité pour une personne d'obtenir la consécration juridique de ses origines dans un lien juridique de parenté (§ 2).

En sens inverse, l'on pourrait aussi concevoir qu'il en découle un droit de connaître l'identité de ses descendants biologiques (vérification de l'existence du lien biologique) ainsi que celui d'établir un lien juridique de parenté à leur égard (dimension de la filiation instituée).

§ 1. Les origines : la connaissance du lien biologique

A. L'arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni*

5. Concernant l'accès aux origines, il convient tout d'abord de se référer au *leading case* en la matière, soit le célèbre arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989 (11). Certes, dans cette affaire, la question ne portait pas sur le secret de l'identité des parents génétiques mais sur le refus des autorités britanniques de permettre au requérant d'accéder au contenu des rapports relatifs à son parcours d'enfant pris en charge par les autorités publiques après que sa mère soit décédée juste après sa naissance. Cet arrêt est toutefois important pour notre propos en ce que la Cour se prononce pour la première fois sur l'importance que peut revêtir, pour la construction identitaire d'un individu, l'accès aux informations relatives à son enfance. La Cour a considéré que « les personnes se trouvant dans la situation du requérant ont un intérêt primordial, protégé par la Convention, à recevoir les renseignements qu'il leur faut pour connaître et comprendre leur enfance et leurs années de formation » (§ 39). Pour la Cour, les documents consignés concernaient « à n'en pas douter » la vie privée et familiale du requérant et remplaçaient « les souvenirs et l'expérience des parents d'un enfant non placé à l'assistance » (§§ 36 et 37). La Cour souligne néanmoins que « le caractère confidentiel des dossiers officiels revêt de l'importance si l'on souhaite recueillir des informations objectives et dignes de foi ; en outre, il peut être nécessaire pour préserver des tiers. Sous ce dernier aspect, un système qui subordonne l'accès aux dossiers à l'acceptation des informateurs, comme au Royaume-Uni, peut en principe être tenu pour compatible avec l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'État ». Cela étant, pareil système ne respecte le principe de proportionnalité, poursuit la Cour, « que s'il charge un organe indépendant, au cas où un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement, de prendre la décision finale sur l'accès. Or il n'en allait pas ainsi en l'espèce » (§ 49). La Cour en conclut que les procédures suivies n'avaient pas, *in specie*, assuré le respect de la vie privée et familiale de Monsieur Gaskin.

(11) Cour eur. D.H., arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989. Dans le même sens : Cour eur. D.H., arrêt *M.G. c. Royaume-Uni*, 24 septembre 2002.

L'enseignement de l'arrêt *Gaskin* est évidemment pertinent du point de vue du secret maintenu par l'État sur les origines d'un individu. Si la Cour admet que les origines peuvent revêtir un aspect confidentiel au nom de certains impératifs – tel, *in casu*, le bon fonctionnement du système d'assistance à l'enfance –, elle considère toutefois que le droit d'accéder à ses origines ne peut se voir opposer une fin de non-recevoir absolue et doit pouvoir être invoqué devant une instance indépendante (12) susceptible d'opérer une pesée des intérêts au regard de l'ensemble des éléments pertinents.

B. L'accouchement sous X

6. Concernant l'accès d'un individu à la connaissance de son ascendance, les arrêts prononcés par la Cour en matière d'accouchement anonyme s'avèrent évidemment cruciaux pour notre propos.

Dans son retentissant arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003 (13), la Grande chambre de la Cour décréta, par 10 voix contre 7 (14), que la législation française permettant l'accouchement anonyme, telle que réformée par la loi du 22 janvier 2002 (15), était compatible avec la Convention et que la France n'avait pas excédé la marge de manœuvre dont elle disposait pour atteindre un équilibre et une proportionnalité adéquate entre les intérêts en cause.

(12) La Cour confirmera cette exigence du « tiers indépendant » dans l'arrêt *Mihulic c. Croatie* du 7 février 2002 (voy. à cet égard § 2, A, n° 12).

(13) Cour eur. D.H., arrêt *Odièvre c. France*, 13 février 2003.

(14) Les juges dissidents ont appréhendé très différemment le système français. Ils relèvent qu'« [e]n réalité, la loi accepte, comme un obstacle absolu à toute recherche d'information entreprise par la requérante, la décision de la mère, quelle que soit la raison ou la légitimité de cette décision. En toute circonstance et de manière irréversible, le refus de la mère s'impose à l'enfant qui ne dispose d'aucun moyen juridique de combattre la volonté unilatérale de celle-ci. La mère dispose ainsi d'un droit purement discrétionnaire de mettre au monde un enfant en souffrance et de le condamner, pour toute sa vie, à l'ignorance. Il ne s'agit donc en aucune manière d'un système mixte assurant un quelconque équilibre entre les droits en présence. Le « droit de veto » pur et simple reconnu à la mère entraîne pour effet que les droits de l'enfant, reconnus dans l'économie générale de la Convention (arrêts *Johansen c. Norvège*, 7 août 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-III ; *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, CEDH 2002-I), sont entièrement négligés, oubliés. En outre, la mère peut aussi, de la même manière, paralyser les droits des tiers, notamment ceux du père biologique ou des frères et sœurs, qui peuvent eux aussi être privés des droits garantis par l'article 8 de la Convention. Dans cette perspective, nous ne pouvons être satisfaits par la concession de la majorité selon laquelle « la requérante a eu accès à des informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers » (paragraphe 48 de l'arrêt) ».

(15) Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, *J.O.R.F.*, 23 janvier 2002.

Dans cette affaire, la requérante ne souhaitait pas remettre en cause l'existence de sa filiation adoptive mais connaître les circonstances de sa naissance et de son abandon ainsi que l'identité de ses parents et de ses frères biologiques. C'est donc sur le terrain du respect de la vie privée que la Cour se place d'emblée.

La Cour reconnaît expressément que « l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel [...] À cet épanouissement contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs (*Mikulic c. Croatie*, no 53176/99, §§ 54 et 64, CEDH 2002-I) » (§ 29). Elle poursuit en soulignant que « [l]a naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention qui trouve ainsi à s'appliquer en l'espèce » (§ 29). La Cour rappelle également l'enseignement de l'arrêt *Gaskin*, selon lequel les personnes « ont un intérêt primordial protégé par la Convention à recevoir des renseignements qu'il leur faut connaître, à comprendre leur enfance et leurs années de formation » (§ 42).

Pour la Cour, il y a lieu de mettre en balance d'une part, le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines qui trouve son fondement dans l'interprétation extensive du champ d'application de la notion de vie privée, d'autre part le droit à la vie privée d'autres personnes, celui de la mère « naturelle » tout d'abord. Elle note à cet égard « qu'on ne saurait dénier l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées. [...] La Cour se trouve en l'espèce en présence de deux intérêts privés difficilement conciliables, qui touchent d'ailleurs non une adulte et une enfant, mais deux adultes jouissant chacune de l'autonomie de sa volonté » (§ 44). L'arrêt évoque ensuite le droit des tiers, essentiellement celui des parents adoptifs, celui du père ou des autres membres de la famille biologique. Outre les intérêts particuliers en cause, la Cour relève des intérêts plus généraux susceptibles de justifier le système français, tels le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, d'éviter des avortements clandestins ou encore des abandons sauvages. Selon la juridiction strasbourgeoise, le droit au respect de la vie, valeur supérieure

garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français (§ 45).

Le constat de non-violation alloué à la France se fonde en réalité sur deux considérations déterminantes : d'un côté, il est précisé que la requérante a eu accès à des informations non identifiantes relatives à sa mère et à sa famille biologique « lui permettant d'établir quelques racines de son histoire » (§ 48) ; de l'autre, il est insisté sur la circonstance que la France a instauré un Conseil national pour l'accès aux origines auprès duquel la réversibilité du secret peut être demandée (§ 49). Ainsi, c'est semble-t-il la conjonction d'une garantie substantielle (l'accès à des informations non identifiantes) et d'une garantie procédurale (l'accès à une instance tierce) qui permet à la France de réussir le test de proportionnalité.

Deux nuances doivent être immédiatement apportées. D'une part, il n'est pas certain que la réussite de ce test de proportionnalité ait exigé nécessairement la réunion des deux garanties – substantielle et procédurale – dès lors que l'on peut imaginer que la France ait pu échapper à une condamnation en offrant simplement l'accès à des informations non identifiantes ou seulement la possibilité de saisir le Conseil national pour l'accès aux origines. D'autre part, la garantie procédurale n'est pas tout à fait semblable à celle qui paraissait exigée dans l'arrêt *Gaskin* (16). Dans cet arrêt, l'organe indépendant dont la Cour sanctionnait l'absence était décrit comme susceptible d'arbitrer les intérêts en conflit et de permettre, le cas échéant, l'accès d'une personne à ses origines, « au cas où un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement » (*Gaskin*, § 49). Il paraissait ainsi exigé qu'au terme de son examen de l'affaire, l'instance indépendante soit en mesure de passer outre le refus des informateurs. Or, dans le système français tel qu'il a été validé par la Cour, pareille possibilité de donner accès aux origines malgré le refus de la mère n'existe pas dans la mesure où celle-ci est investie par la loi d'un véritable pouvoir de veto. Il est dès lors surprenant de constater que la Cour légitime un prétendu équilibre entre des intérêts concurrents alors même que la mère seule détient la clef de l'accès de l'enfant à

(16) Dans l'affaire *Mikulic*, l'autorité indépendante dont la Cour sanctionnait l'absence était également décrite comme susceptible d'arbitrer les intérêts en conflit et de permettre, le cas échéant, l'accès d'une personne à ses origines en « l'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier au test de paternité » (Cour eur. D.H., arrêt *Mikulic c. Croatie*, 7 février 2002, § 64).

ses origines. Sans doute faut-il voir dans l'invocation du « droit au respect de la vie » comme « valeur supérieure garantie par la Convention » l'élément ayant déterminé, *in fine*, la position de la Cour (§ 45). Au demeurant, il apparaît que la Cour a attaché un certain poids à la circonstance que l'État défendeur avait, durant l'instance strasbourgeoise, amendé sa législation dans le sens d'un plus grand respect du droit d'accéder à ses origines (§ 49).

On constate ainsi une certaine progressivité des obligations procédurales mises à la charge des États. Lorsque, comme dans l'affaire *Gaskin*, c'est un important intérêt collectif – tel que le bon fonctionnement du système de protection de l'enfance – qui est en cause, la Cour exige qu'il soit possible de saisir une instance tierce capable d'arbitrer les intérêts et de décider, *in fine*, de révéler ou pas les informations litigieuses. Par contre, si, comme dans l'affaire *Odièvre*, c'est une « valeur supérieure garantie par la Convention » – telle que le « droit au respect de la vie » – qui est en jeu, il semble que la Cour se contente d'une instance dotée d'une simple capacité de médiation.

7. Dans l'arrêt *Godelli c. Italie* du 25 septembre 2012 (17), qui porte également sur l'accouchement sous X mais dans sa déclinaison italienne, la Cour conclut par contre à la violation de la Convention. Comment un même procédé peut-il être acceptable en France et violer la Convention en Italie ? La Cour a relevé, dans un examen de droit comparé préalable, qu'en Europe, « l'accouchement sous X ou dans l'anonymat [apparaissait] minoritaire sans être exceptionnel » (§ 28). Dans la motivation de sa décision, elle a consenti à l'Italie le bénéfice d'une certaine marge d'appréciation (§ 60). Cependant, l'Italie, à la différence de la France, ne propose aucune garantie substantielle ou procédurale. La Cour relève ainsi que « la requérante n'a eu accès à aucune information sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers et que sans aucune possibilité de recours, la requérante s'est vue opposer un refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles » (§ 69). La Cour note par ailleurs qu'un projet de réforme est en examen devant le Parlement italien depuis 2008 alors que la Cour statue en 2012 (§ 70). L'inertie législative cumulée à l'absence de toute garantie quelconque sur le plan substantiel

ou sur le plan procédural concourt donc au constat que l'Italie n'a pas aménagé un équilibre convaincant entre les intérêts en conflit. On ajoutera que la référence au « droit au respect de la vie » présente dans l'arrêt *Odièvre* est supprimée dans l'arrêt *Godelli*. Cela est d'autant plus interpellant (18) que sous réserve de l'omission de cette « valeur supérieure garantie par la Convention », le texte du paragraphe 64 de l'arrêt *Godelli* reproduit, quasiment mot pour mot, le texte du paragraphe 45 de l'arrêt *Odièvre*. Atténuée dans l'arrêt, la nécessité de protéger la vie des enfants à naître reparait, de manière accentuée, dans l'opinion dissidente du juge hongrois András Sajo pour lequel « l'anonymat est lié à l'obligation de l'État de protéger le droit à la vie, lequel est l'émanation directe de la plus haute des valeurs défendues par la Convention ».

Pour respecter le prescrit conventionnel, une législation autorisant le secret de la maternité devrait dès lors permettre à l'enfant d'accéder à des informations non identifiantes concernant sa mère d'origine (garantie substantielle) et/ou lui donner la possibilité de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de celle-ci (garantie procédurale). Il est toutefois impossible, à la lecture de l'arrêt *Godelli*, de déterminer avec certitude s'il s'agit d'exigences cumulatives ou alternatives, tant les propos de la Cour oscillent entre les deux options (19). Force est dès lors de constater que les juges européens ont « laissé dans l'ombre les limites exactes du champ des possibles pour chaque État désireux d'encadrer l'accouchement anonyme » (20).

C. La recherche de l'identité du père biologique

8. Toujours dans le contexte de la connaissance de l'identité de son ascendance, du point de vue cette fois de la recherche de l'identité du père biologique, il convient de se référer à l'arrêt *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006 (21).

(18) Nicolas Hervieu relève que « les juges majoritaires réduisent le poids conventionnel des arguments en faveur de l'accouchement anonyme et que ceci est d'autant plus patent que, parallèlement, l'importance des prétentions de l'enfant est expressément soulignée » (N. HERVIEU, « L'accouchement anonyme à l'épreuve européenne du droit à la connaissance de ses origines », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 septembre 2012).

(19) En ce sens : N. HERVIEU, *op. cit.*, p. 11.

(20) *Ibid.*

(21) Cour eur. D.H., arrêt *Jäggi c. Suisse*, 13 juillet 2006.

(17) Cour eur. D.H., arrêt *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012.

Dans cet arrêt, la Cour confirme que l'intérêt pour un individu de connaître son ascendance est inclus dans le champ d'application de la vie privée, qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle, dont l'identité des géniteurs. En l'espèce, le requérant, âgé de soixante-sept ans, cherchait à connaître la vérité sur sa filiation paternelle après le décès de son père supposé. Il se heurtait aux autorités suisses qui refusaient d'exhumer, à des fins d'expertise ADN *post mortem*, le corps de celui dont le requérant alléguait qu'il était son père, par respect pour le défunt, se référant au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne. Aux yeux de la Cour, le refus des autorités d'autoriser une expertise qui aurait permis au requérant d'avoir la certitude que le défunt était bien son père biologique avait affecté sa vie privée (§ 34).

La Cour devait rechercher si, dans le cas d'espèce, un juste équilibre avait été ménagé dans la pondération des intérêts concurrents : d'un côté, celui du requérant à connaître son ascendance ; de l'autre, le droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt, le droit au respect des morts ainsi que l'intérêt public à la protection de la sécurité juridique (§ 39). Contrairement aux affaires *Odièvre* et *Gaskin*, où le système du secret était destiné à protéger la vie ou le bon fonctionnement de l'assistance à la jeunesse, le but poursuivi tenait ici au respect de la dépouille du défunt et à la sécurité juridique. Dans ce cadre, la Cour souligne l'importance que revêt l'intérêt vital du requérant de connaître ses origines personnelles, et ce, quel que soit son âge, tout en relativisant le droit des tiers au respect de la dépouille dans la mesure où le prélèvement d'ADN constitue une ingérence relativement peu intrusive et qu'en tout état de cause, la dépouille du défunt serait exhumée à l'expiration de la concession en 2016 (§ 41). Compte tenu des circonstances et de l'intérêt prépondérant qui est en jeu pour le requérant, la Cour conclut, en l'espèce que les autorités suisses n'ont pas garanti à l'intéressé son droit au respect de la vie privée (§ 44).

On retiendra encore de l'arrêt *Jaggi* deux enseignements essentiels pour notre propos.

D'une part, l'on aurait pu imaginer, au titre de la prééminence souvent réaffirmée de l'intérêt de l'enfant (22), que la quête identitaire

(22) Voy. sur cette question : G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil. Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*,

d'un enfant revête un poids conventionnel plus important que cette même entreprise menée par un adulte. Ainsi, dans l'arrêt *Odièvre*, la requérante était âgée de trente-huit ans et la Cour y a insisté en soulignant expressément que les intérêts en cause « touchent d'ailleurs non une adulte et une enfant, mais deux adultes » (§ 44), ce qui paraissait confirmer une atténuation par le temps de l'intérêt à connaître ses origines. L'arrêt *Jaggi* vient mettre à mal cette perception. Pour la Cour, « il faut admettre que l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire. Le requérant a d'ailleurs démontré un intérêt authentique à connaître l'identité de son père, puisqu'il a tenté tout au long de sa vie d'acquérir une certitude à cet égard. Un tel comportement suppose des souffrances morales et psychiques, même si elles ne sont pas médicalement constatées » (§ 40). Cette assertion est encore confirmée dans l'arrêt *Godelli*, à propos d'une requérante âgée de soixante-neuf ans (§ 69).

D'autre part, la Cour constate que la protection de la sécurité juridique invoquée par le Gouvernement ne saurait à elle seule suffire comme argument pour priver le requérant du droit de connaître son ascendance, étant donné que « l'admission de l'action en paternité constitue une exception à un droit transitoire datant des années 1970 et qui n'affectera que le requérant » (§ 43). En l'espèce, la reconnaissance de la paternité biologique aurait donc été sans effet juridique, en particulier en termes de modification des registres de l'état civil. L'obstacle tiré de la menace pour la sécurité juridique est donc relativisé en raison de l'absence de conséquence de l'action du requérant sur le plan de la filiation. C'est donc bien la connaissance du lien biologique en tant que telle qui est reconnue et valorisée ici par la Cour, précisément parce qu'elle se suffit à elle-même et n'emporte pas la traduction de ce lien dans un rapport juridique de parenté.

D. La recherche de l'identité de ses descendants ?

9. En sens inverse, pourrait-on induire du droit de connaître les éléments essentiels qui composent son identité personnelle celui de connaître l'identité de ses descendants biologiques ? La réponse

de la Cour à cette question, qui mérite assurément d'être posée, est plus incertaine.

Du point de vue de la connaissance de sa descendance, l'affaire *Nylund c. Finlande*, soldée par une décision d'irrecevabilité du 26 juin 1999 (23), est intéressante pour notre propos. Le requérant prétendait avoir conçu un enfant avec une femme qui s'était subséquemment mariée en sorte que l'enfant était né pendant le mariage et avait été d'emblée affilié au mari de sa mère. Devant les juridictions finlandaises, Monsieur Nylund avait engagé une action en justice visant à déterminer s'il était ou non le père biologique et avait notamment précisé, devant la Cour d'appel d'Helsinki, qu'« il avait seulement sollicité l'homologation de sa paternité [...] sans demander l'établissement d'un lien juridique de filiation paternelle ». Devant la Cour européenne, le requérant dénonçait précisément l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'établir s'il était ou non le père de l'enfant. Tout en reconnaissant que l'action engagée par le requérant en vue d'obtenir l'homologation d'un fait biologique allégué relevait de son droit au respect de sa vie privée, la Cour aboutit néanmoins à un constat de non-violation aux motifs « qu'il se justifie que les tribunaux internes donnent plus de poids aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit qu'à ceux d'un demandeur cherchant à faire établir un fait biologique. Par ailleurs, la Cour constate qu'en vertu du droit interne, l'enfant pourra, lorsqu'elle aura atteint l'âge de quinze ans, décider elle-même s'il est ou non dans son intérêt d'engager une procédure en recherche de paternité. Néanmoins, cette possibilité ne permet pas de conclure qu'il convient d'autoriser une personne extérieure à la famille à saisir les tribunaux, surtout lorsqu'une telle conclusion, dans les faits, empêcherait l'enfant de prendre ultérieurement une décision elle-même ».

*

10. Concernant l'accès de l'individu à la connaissance de ses origines, on retiendra de l'analyse qui précède que le droit au respect de la vie privée exige assurément, aux yeux de la Cour, qu'une personne puisse accéder aux informations lui permettant « d'établir quelques racines de son histoire ». Il y aurait donc là une obligation positive substantielle minimale imposée aux États parties.

(23) Cour eur. D.H., *Nylund c. Finlande*, décision du 26 juin 1999.

Pour le surplus, l'examen de la jurisprudence strasbourgeoise montre que si la Cour reconnaît que l'intérêt, pour un individu, de pouvoir accéder aux informations lui permettant d'établir les détails de son identité d'être humain – en ce compris l'identité de ses géniteurs – est légitime, et même vital, elle considère, en même temps, qu'il peut exister des motifs permettant de ne pas assurer une totale transparence sur les origines. Dans semblable contexte caractérisé par la confrontation d'un droit affirmé avec force par la Cour tout au long de sa jurisprudence à différents intérêts parfois aussi dotés d'un poids conventionnel considérable, il apparaît que plus les intérêts poursuivis par la restriction du droit de connaître ses origines sont dotés d'un poids important par la Cour, moins les exigences qu'elle impose aux États parties sont fortes. Si des restrictions au droit à la connaissance de ses origines peuvent ainsi être justifiées par cette recherche d'équilibre, il conviendra néanmoins, dans tous les cas, de veiller à respecter le principe de proportionnalité, notamment par des moyens procéduraux adéquats (24).

Concernant la question de la connaissance de l'identité de sa descendance, on relèvera une certaine défaveur de la Cour pour la quête identitaire du père biologique. Dans l'affaire *Nylund*, elle refuse à tout le moins que la seule vérification du lien biologique sollicitée par le père puisse justifier qu'il soit porté atteinte aux intérêts de l'enfant et de la cellule familiale au sein de laquelle il grandit.

§ 2. Origines et parenté : le lien biologique comme fondement de la filiation

11. Nous venons de voir que la connaissance des origines pouvait revêtir de l'importance pour elle-même, indépendamment de sa reconnaissance par le droit. Dans l'écrasante majorité des cas, cependant, la vérité biologique est recherchée non pas exclusivement pour sa valeur propre, mais dans le but d'asseoir une action en matière de filiation. La recherche d'informations sur ses origines prend alors une dimension tout à fait particulière puisqu'elle s'accompagne du désir d'obtenir la consécration de ses origines dans un lien juridique de parenté.

(24) S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, L.G.D.J., 1998, n° 170.

A. Les difficultés liées aux expertises génétiques

12. C'est avec l'affaire *Mikulic c. Croatie*, soldée par un arrêt du 7 février 2002 (25), que la question des origines rebondit sur le terrain de la filiation. Dans cette affaire, la requérante se plaignait de la lenteur d'une procédure engagée avec sa mère en recherche de paternité et de l'inexistence, en droit croate, de mesures procédurales permettant aux tribunaux de contraindre le père prétendu à se soumettre à un test d'ADN ordonné par le juge. Se référant à l'arrêt *Gashin*, la Cour rappelle que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité » (§ 54). Pour la Cour, « les personnes qui se trouvent dans la situation de la requérante ont un intérêt vital, défendu par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle ». La Cour poursuit en observant que la nécessité de protéger les tiers peut toutefois exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN, de sorte qu'« [u]n système tel que celui de la Croatie, qui ne prévoit pas de moyens de contraindre le père prétendu à se conformer à un ordre du tribunal lui enjoignant de se soumettre à des tests ADN, peut en principe être jugé compatible avec les obligations découlant de l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'État. La Cour estime toutefois que l'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction d'un tribunal n'est conforme au principe de proportionnalité que si le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité. Or, aucune procédure de ce type n'était prévue en l'espèce (voy., mutatis mutandis, *Gashin* précité, p. 20, § 49) » (§ 64) (26). Pour la Cour, la procédure existante ne ménage

(25) Cour eur. D.H., arrêt *Mikulic c. Croatie*, 7 février 2002. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Ebru et Tayfun Engin Colak c. Turquie*, 30 août 2006 ; Cour eur. D.H., arrêt *Jevremovic c. Serbie*, 17 juillet 2007.

(26) On relèvera que l'exigence procédurale est ici similaire à celle évoquée par la Cour dans l'arrêt *Gashin* : l'instance tierce dont il est question est en effet appelée à réaliser une pesée des intérêts en présence avec pouvoir de décision et à ne pas se contenter seulement d'un pouvoir de médiation.

pas un juste équilibre entre le droit de la requérante de voir dissiper sans retard inutile son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas subir de tests ADN. Elle conclut que la protection des intérêts en jeu n'est pas proportionnée (§§ 64 et 65).

13. L'intérêt vital ainsi reconnu par la Cour dans le chef de tout individu à obtenir les informations qui lui sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de son identité personnelle est susceptible de varier d'intensité en fonction du degré de proximité des ascendants « recherchés ». Ainsi, dans une décision *Menendez Garcia c. Espagne* du 5 mai 2009 (27), la Cour a jugé irrecevable la requête d'une femme qui souhaitait qu'une expertise ADN puisse être diligentée et qu'un lien de filiation puisse être subséquentement établi entre son père décédé et un homme également décédé de manière telle qu'elle serait, quant à elle, devenue la petite fille de cet homme. Dans cette affaire, le but légitime poursuivi n'est plus, contrairement à l'affaire *Mikulic*, le respect de l'intégrité physique du père recherché, mais, à l'instar de l'affaire *Jaggi*, le respect de la dépouille et la sécurité juridique.

Se fondant sur les conclusions de l'arrêt *Jaggi*, la requérante estimait que l'impossibilité pour elle d'établir son rapport de « grand-paternité » constituait une violation de l'article 8 de la Convention. La Cour relève toutefois que « [b]ien que la Cour ne doute pas de l'importance de connaître l'identité de son grand-père, elle ne peut cependant lui accorder le même impact dans la vie privée que celui du droit à connaître son père, qui en l'espèce n'est pas en cause, contrairement aux faits de l'affaire *Jaggi c. Suisse* précitée. Ainsi, la Cour estime que lors de la mise en balance des différents intérêts en jeu (voir l'affaire *Jaggi c. Suisse* précitée), celui de la requérante doit s'incliner face à la protection des droits de la famille de V.T.A. et de la sécurité juridique ». L'apport de cet arrêt réside évidemment dans l'affirmation que « l'intérêt dans la connaissance de l'identité varie en fonction du degré de proximité des ascendants de manière telle qu'il convient de lui accorder la plus haute importance s'agissant des ascendants directs, mais que son poids en intérêt diminue en fonction de l'éloignement dans le degré de parenté » (§ 2). On notera également que contrairement

(27) Cour eur. D.H., arrêt *Menendez Garcia c. Espagne*, 5 mai 2009.

à l'affaire *Jaggi*, l'obstacle tenant à la protection de la sécurité juridique n'est pas relativisé par la Cour, dès lors que l'on se situe d'emblée dans un contexte de recherche des origines dans le but d'obtenir l'établissement d'un lien de filiation et donc une modification de l'état civil.

14. Dans l'affaire *Pascaud c. France*, qui a donné lieu à un arrêt du 16 juin 2011 (28), le requérant avait été reconnu à l'âge d'un an par le compagnon de sa mère, laquelle ne lui avait toutefois jamais caché l'identité de son père biologique avec lequel le requérant avait d'ailleurs noué des contacts. À l'âge de quarante ans, Monsieur Pascaud avait entamé les démarches judiciaires en vue d'obtenir l'annulation de sa reconnaissance de paternité et, subéquemment, l'établissement judiciaire de sa filiation paternelle à l'égard de son père biologique. Le rapport d'expertise génétique concluait à une probabilité de paternité de 99,999 %. Quelques semaines avant de consentir à l'expertise, le père biologique du requérant lui avait d'ailleurs confié sa volonté de le reconnaître. Peu de temps après l'expertise, il fut toutefois placé sous curatelle avant de décéder quelques mois plus tard. Poursuivant son action, le requérant s'était heurté au refus des juridictions françaises d'établir sa filiation à l'égard de feu son père biologique au motif que ce dernier n'aurait pas joui de l'entière liberté de ses facultés mentales au moment où il avait consenti à l'expertise génétique.

La Cour rappelle que « si les personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle, elle garde en même temps à l'esprit la nécessité de protéger les tiers, ce qui peut exclure la possibilité de contraindre ceux-ci à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN (Mikulic, précité, § 64) » (§ 62). Pour la Cour, il fallait rechercher si un juste équilibre avait été ménagé dans la pondération des intérêts concurrents : d'un côté, le droit du requérant à connaître son ascendance ; de l'autre, le droit des tiers à ne pas être soumis à des tests ADN et l'intérêt général à la protection de la sécurité juridique (§ 60). La Cour relève à cet égard que « W.A., aujourd'hui décédé, n'avait pas de famille connue selon les autorités et qu'il avait légué la majorité de ses

biens à la commune de Saint-Emilion » (§ 61). Se référant aux arrêts *Phinikaridou*, *Backlund* et *Grönmark*, elle souligne qu'en principe « le refus d'annuler la reconnaissance [...] et de reconnaître sa filiation envers son père biologique présumé pouvait se justifier par la nécessité de respecter les droits de ce dernier. Toutefois, en l'espèce, c'était uniquement en tenant compte des droits et intérêts personnels de W.A. que la cour d'appel a refusé de reconnaître la véritable filiation biologique du requérant. Elle a en effet constaté la nullité de l'expertise génétique pour un motif d'ordre procédural, à savoir que W.A. n'y aurait pas expressément consenti » (§ 63). Aux yeux de la Cour, les juridictions françaises n'avaient ainsi absolument pas tenu compte dans leur décision de l'intérêt du requérant à découvrir des aspects importants de son identité personnelle (§ 63). Or, à son estime, la protection des intérêts du père présumé n'était pas un motif suffisant pour priver le requérant de ses droits (§ 64) dans la mesure où, alors même que la teneur de l'expertise n'était pas contestée (puisque son annulation était liée à des motifs procéduraux), les juridictions françaises avaient signifié au requérant qu'il n'existait aucune possibilité pour lui d'établir sa filiation à l'égard de W.A., tandis qu'il lui était également impossible d'obtenir une seconde expertise (§ 67). Pour la Cour, ces éléments, conjugués à l'absence de famille de W.A., permettaient de conclure qu'un équilibre adéquat n'avait pas été atteint entre les intérêts en présence (§§ 68 et 69).

Sur le plan de la recherche des origines, l'arrêt *Pascaud* interrompt assurément. La Cour semble en effet perdre de vue, lorsqu'elle insiste sur l'importance du droit du requérant à connaître son ascendance, que celle-ci était précisément connue du requérant. À l'inverse des arrêts *Mikulic* et *Jaggi*, le requérant avait déjà obtenu les résultats d'une expertise génétique confirmant son lien de filiation biologique avec son père présumé. Il ne s'agissait donc pas pour le requérant de chercher à connaître la vérité biologique mais exclusivement de faire reconnaître ce lien biologique avéré dans un lien juridique de parenté. La Cour eut ainsi pu choisir de conférer une valeur propre à l'établissement d'une filiation conforme à la vérité biologique, sans avoir besoin de se référer, comme elle l'a fait, à la dimension identitaire de la quête du requérant.

(28) Cour eur. D.H., arrêt *Pascaud c. France*, 16 juin 2011.

B. Les délais pour agir en recherche de paternité

15. S'agissant toujours du droit de l'enfant à voir sa filiation biologique consacrée dans un lien de filiation juridique, plusieurs arrêts doivent encore être mentionnés concernant les délais imposés à l'enfant pour agir en recherche de paternité.

16. Dans son arrêt *Phinikaridou c. Chypre* du 20 décembre 2007 (29), la Cour conclut, à l'unanimité, à la violation du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention en raison de l'application d'un délai rigide et absolu de prescription à l'exercice, par l'enfant, d'une action en recherche de paternité, sans tenir compte des circonstances particulières de la cause et, notamment, de la connaissance des faits relatifs à la filiation paternelle. La situation factuelle à l'origine de cette affaire est assez similaire à celle de l'affaire *Jäggi*. La requérante, née hors mariage, avait été abandonnée à sa naissance par sa mère biologique et placée dès sa plus tendre enfance. Bien que sans lien juridique avec sa mère biologique, elle n'avait pas perdu tout contact avec elle. À l'article de la mort, la mère avait révélé à sa fille, âgée alors de cinquante-deux ans, le nom de son père biologique. Suite à cette révélation, la requérante avait cherché par la voie judiciaire à faire déterminer son lien juridique avec la personne qu'elle prétendait – sans certitude toutefois – être son père, en établissant la vérité biologique. Son action avait été déclarée prescrite en raison de l'écoulement du délai pour agir prévu par la loi chypriote.

Contrairement à l'affaire *Pascaud*, la requérante ne disposait pas d'un test de paternité confirmant avec certitude la réalité du lien biologique qui l'unissait à son père présumé. Elle cherchait donc tout à la fois à confirmer son lien de paternité biologique avant, le cas échéant, de voir ce lien institué juridiquement.

La Cour rappelle, tout d'abord, que la naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, dont le respect est garanti par l'article 8 de la Convention (*Odièvre*, § 29). Elle souligne ensuite que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, et le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation

de la personnalité (*Mikulić*, §§ 53 et 54 et *Gaskin*, §§ 36, 37 et 39), ce qui inclut l'obtention des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs (*Jäggi*, § 25, *Odièvre*, § 29 et *Mikulić*, §§ 54 et 64).

Selon la Cour, l'introduction d'une limite temporelle à l'action en recherche de paternité intentée par l'enfant peut se justifier au regard du souci de la sécurité juridique et de la pérennité des relations familiales. Il y va également de la protection des pères « supposés » contre les recours intempestifs et les injustices liées à des faits qui remontent très loin dans le temps (§ 51). Il revient toutefois à la Cour de vérifier qu'un équilibre adéquat a été établi entre les différents intérêts en présence en ayant égard, notamment, au moment de la découverte de la réalité biologique et à l'existence de moyens alternatifs à l'action rendue impossible par l'écoulement du délai (*Mizzi*, *Shofman*) (§ 54). En se référant notamment à sa jurisprudence *Kroon*, la Cour rappelle qu'en matière de filiation, les limites temporelles rigides sans aucune exception violent le prescrit de l'article 8 (*Shofman*, *Mizzi*, *Paulik*, *Tavli*) (§§ 55 et 56). Au terme d'un examen comparatif, elle constate qu'il n'y a pas d'approche commune en la matière. Ainsi, un nombre significatif d'États membres ne prévoient tout simplement pas de limite temporelle à l'action de l'enfant. Parmi les États dans lesquels une limite temporelle existe, il y a de grandes différences, d'une part, sur le plan de la longueur du délai, d'autre part, sur le plan du point de départ (la majorité, la naissance, un jugement définitif). Seul un petit nombre d'États prévoient des exceptions pour le cas où l'enfant découvre sa filiation au-delà de la limite temporelle (§§ 58 et 59). La Cour relève, en l'espèce, qu'une limite temporelle existe sans qu'aucune exception ne soit prévue et qu'elle comprend difficilement qu'une telle limite inflexible s'applique, même quand l'enfant découvre tardivement l'identité de son père. À son estime, il échet de faire la différence entre les situations où une personne n'a pas la possibilité de connaître les faits et celles dans lesquelles ces faits sont connus ou accessibles (§§ 60 et 66). Elle considère au final que l'article 8 de la Convention a été violé (§ 67).

17. Dans un arrêt *Backlund c. Finlande* du 6 juillet 2010 (30), la Cour confirme sa jurisprudence suivant laquelle un délai inflexible

(29) Cour eur. D.H., arrêt *Phinikaridou c. Chypre*, 20 décembre 2007.

(30) Cour eur. D.H., arrêt *Backlund c. Finlande*, 6 juillet 2010.

n'est pas acceptable en matière de recherche de paternité. En l'espèce, le requérant était un enfant né hors mariage en 1937 qui avait toujours connu l'identité de son père. Cependant, initialement, le droit finlandais ne permettait pas d'établir la paternité d'un homme contre sa volonté. La législation avait évolué en 1976 et cette possibilité avait été expressément ouverte. Les enfants nés, comme le requérant, avant l'entrée en vigueur de la réforme disposaient d'un délai de cinq années pour agir. Or, le requérant n'avait pas eu connaissance immédiatement de la réforme et n'avait introduit son action qu'en mai 2002. Les juridictions nationales avaient ordonné un test ADN qui avait confirmé le lien de paternité allégué, mais avaient rejeté la demande du requérant à raison de l'écoulement du délai prescrit. La Cour a considéré que la limite temporelle absolue posée par la réglementation finlandaise, sans égard pour la réalité biologique telle qu'elle avait été mise au jour par le test ADN, violait l'article 8 de la Convention (§§ 53, 54 et 56). Suivant la Cour, les juridictions internes n'avaient absolument pas cherché à balancer *in concreto* les différents intérêts en présence, soit ceux du requérant, ceux du père recherché et de sa famille et l'intérêt général à la protection de la sécurité juridique (§ 55). Le même jour, la Cour a par ailleurs rendu, contre le même pays, un arrêt de violation dans une affaire *Grönmark* (31). Dans cette affaire, la requérante avait été semblablement victime de la limitation temporelle de cinq ans. La requérante et son entourage étaient en effet convaincus de ce que la filiation paternelle avait été établie, dès lors que le père recherché avait été condamné antérieurement au paiement d'une pension alimentaire. Concernant la pondération des intérêts en présence, la Cour a estimé que la Cour suprême finlandaise avait accordé plus de poids à l'intérêt général et aux intérêts particuliers du père biologique et de sa famille qu'à celui de la requérante de voir ses origines juridiquement confirmées (§ 58).

Contrairement à l'affaire *Phinikaridou*, on relèvera que tant Madame Grönmark que Monsieur Backlund disposaient déjà devant la Cour des résultats des tests ADN concluants à la paternité biologique de l'homme dont la paternité juridique était recherchée. La seule question qui se posait concernait dès lors, à l'instar de l'affaire *Pascaud*, la consécration de leurs origines biologiques

dans un lien de filiation juridique. C'est pourtant, encore une fois, sur le terrain de la connaissance des origines que la Cour se situe d'emblée lorsqu'elle identifie les intérêts en conflit :

« On the one hand, people have a right to know their origins, that right being derived from a wide interpretation of the scope of the notion of private life (see *Odièvre v. France* [GC], cited above, § 42). A person has a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to uncover the truth about an important aspect of his or her personal identity and eliminate any uncertainty in this respect (see *Mikulić v. Croatia*, cited above, §§ 64 and 65). On the other hand, a putative father's interest in being protected from claims concerning facts that go back many years cannot be denied. Finally, in addition to that conflict of interest, other interests may come into play, such as those of third parties, essentially the putative father's family, and the general interest of legal certainty » (*Grönmark*, § 48 ; *Backlund*, § 46).

Lorsqu'elle est amenée à résoudre le conflit d'intérêts, la Cour n'évoque toutefois plus que la dimension juridique du lien :

« It is clear from the Supreme Court's judgment that the general interest as well as the competing rights and interests both of the putative father and his family were accorded greater weight than the applicant's right to have her origins legally confirmed » (*Grönmark*, § 58).

« It is clear that in the Supreme Court's practice (see for example case KKO 2003 :107) the general interest as well as the competing rights and interests both of a putative father and his family have been accorded greater weight than a child's right to have its origins legally confirmed. In the present case, however, the national courts did not make any attempt to balance the competing interests but only concluded that the applicant's claim was time-barred. Thus, the national courts did not consider at all whether or not the general interest in protecting legal certainty of family relationships or the interest of the father and his family outweighed the applicant's right to have an opportunity to seek a judicial determination of paternity » (*Backlund*, § 55).

(31) Cour eur. D.H., arrêt *Grönmark c. Finlande*, 6 juillet 2010.

C. *L'établissement de la filiation à l'initiative du parent biologique*

18. Enfin, sur le plan inverse de l'établissement de la filiation à l'initiative du parent biologique cette fois, l'arrêt *Kruskovic c. Croatie* du 21 juin 2011 mérite d'être mentionné. Dans cette affaire, le requérant se plaignait, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, de ce qu'il n'avait pas été en mesure d'être désigné comme le père de son enfant biologique en raison de son incapacité juridique. Pour la Cour, l'intérêt du requérant « à établir la vérité biologique sur un aspect important de sa vie privée et familiale et à voir celle-ci reconnue par le droit » peut être qualifié de « vital » (§ 34). La Cour a expressément souligné que « les restrictions aux droits des personnes privées de leur capacité légale, même lorsqu'elles interviennent dans la sphère de leur vie privée et familiale, ne sont pas en soi incompatibles avec les exigences de l'article 8 » (§ 30). Cependant, a-t-elle aussitôt précisé, « ces restrictions devraient, en principe, faire l'objet de garde-fous procéduraux adéquats » (§ 31). Pour la Cour, les autorités nationales n'avaient pas ménagé un équilibre adéquat entre « l'intérêt public d'empêcher les personnes privées de leur capacité légale de faire des déclarations qui leurs sont préjudiciables ou sont préjudiciables aux autres et l'intérêt du requérant de voir sa paternité légalement reconnue » (§ 42).

*

19. On retiendra des arrêts qui précèdent que la Cour se montre incontestablement favorable à la quête identitaire de l'enfant cherchant à faire établir sa paternité biologique. La Cour qualifie ainsi de « vital » l'intérêt de l'enfant, même devenu adulte, à obtenir les informations qui lui sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de son identité personnelle, dont l'identité de ses géniteurs fait partie, et à faire reconnaître ces origines par le droit. Dans ce contexte, elle se montre réfractaire aux obstacles procéduraux absolus qui empêchent les juridictions nationales d'opérer la balance des intérêts.

La Cour qualifie également de « vital » l'intérêt d'un père qui cherche à voir le lien biologique qui l'unit à son enfant reconnu et institué dans un lien juridique de filiation.

Une difficulté procède toutefois du fait que la Cour peine à distinguer la question de la connaissance de ses origines et celle, voisine mais différente, de l'établissement de la filiation juridique (32). Or, si le droit d'établir juridiquement sa filiation et le droit de connaître ses origines ne sont pas étrangers l'un à l'autre – le second étant le préalable obligé du premier –, l'objet de ces deux droits est, néanmoins, radicalement différent. La connaissance de l'identité de son géniteur porte sur le fait biologique générateur de la conception de l'enfant, tandis que l'établissement de la filiation vise la création d'un lien juridique dont la loi règle les conditions et les effets.

La confusion des deux plans (origines et parenté) semble inhérente aux affaires qui concernent l'établissement de la paternité, où la Cour se réfère indistinctement à l'un ou l'autre de ces plans, sans prendre la peine de distinguer selon que l'on se trouve sur le terrain de la connaissance ou de la reconnaissance des origines dans un lien de filiation. Dans l'arrêt *Mikulic*, la Cour expose ainsi que la requérante est « en quête de la vérité biologique » et que son action en recherche de paternité « vise à déterminer ses liens juridiques avec H.P. » (§ 55). Dans l'arrêt *A.M.M. c. Roumanie* du 14 février 2012 (33), elle évoque de la même manière, à propos d'une demande en établissement de la paternité, l'importance pour la requérante de « connaître les détails de son identité d'être humain » (§ 51). Cette confusion est encore plus flagrante dans les arrêts *Pascaud*, *Grönmark* et *Backlund*, où la Cour évoque indifféremment le droit des requérants de connaître et de faire reconnaître leurs origines, et ce, alors même que la demande des requérants dans ces trois affaires ne visait qu'à obtenir la reconnaissance juridique d'une vérité biologique connue avec certitude par ailleurs.

Lorsque la demande du requérant ne porte que sur la connaissance des origines, nous avons par contre pu constater que la jurisprudence européenne s'emploie très nettement à distinguer les deux plans. Ainsi, dans l'arrêt *Jaggi*, où le requérant cherchait à établir la vérité sur sa paternité biologique, la Cour relativise l'obstacle tiré de la menace pour la sécurité juridique en raison précisément de l'absence de conséquence de l'action du requérant

(32) En ce sens, M. PICHARD, « La place de qui participe au projet parental d'autrui : à propos de quelques contraintes », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 296.

(33) Cour eur. D.H., arrêt *A.M.M. c. Roumanie*, 14 février 2012.

sur le plan de la filiation. Dans les arrêts *Odièvre* et *Godelli*, la Cour souligne cette fois expressément que l'accès aux origines personnelles et, singulièrement, à l'identité de la mère biologique se distingue de l'établissement de la filiation maternelle. En l'occurrence, chacune des deux femmes bénéficiait d'une filiation adoptive et aucune d'entre elles ne souhaitait remettre en cause ce lien (*Odièvre*, § 28 et *Godelli* § 45).

SECTION 2. LA PARENTALITÉ

20. Il échet maintenant de s'interroger sur l'existence d'un hypothétique droit individuel de voir consacré dans un lien de filiation juridique (parenté) un lien socio-affectif (parentalité) en l'absence de lien biologique (origines). Il s'agit donc ici de mettre en question la pertinence conventionnelle du lien socio-affectif comme fondement autonome de la filiation.

À cet égard, nous montrerons en premier lieu que la protection de la jouissance effective de la vie familiale est importante pour elle-même et peut donner lieu à une protection en dehors ou en marge de la filiation juridique (§ 1). Il n'en reste pas moins que la plupart du temps, les individus réclament que la relation socio-affective qu'ils ont nouée puisse se traduire, par-delà la possibilité d'entretenir des contacts ou de vivre ensemble et l'octroi de certaines prérogatives substantielles, dans l'institution d'un lien juridique de filiation (§ 2).

§ 1. La parentalité : la jouissance du lien socio-affectif

21. La parentalité a une véritable épaisseur en droit de la Convention des droits de l'homme. Ainsi, le juge européen préconise-t-il le respect de toutes les relations familiales effectivement nouées par des adultes avec l'enfant, pour autant que la poursuite de ces relations soit conforme à son intérêt supérieur. À cet égard, il est évident que l'extension indéfinie du champ d'application matériel de la notion autonome de vie familiale induit une multiplication des conflits de droits. Nous prendrons ici à cet égard les exemples du père biologique et des grands-parents.

A. Le père biologique

22. Dans un arrêt *Lebbink c. Pays-Bas* du 1^{er} juin 2004, la Cour a statué à propos d'une situation dans laquelle un père non marié et qui ne cohabitait pas avec la mère s'était vu refuser par les juridictions néerlandaises le bénéfice d'un droit de visite.

Le requérant n'avait pas procédé à la reconnaissance de son enfant, à défaut pour la mère d'y consentir, mais il s'en était occupé régulièrement entre la naissance, en avril 1995, et la séparation du couple parental en août 1996 (§§ 7-10). Alors qu'en première instance le tribunal d'arrondissement avait reçu la demande et chargé le *Raad voor de Kinderbescherming* de mener une enquête, la Cour d'appel d'Arnhem avait considéré la demande irrecevable à défaut de lien personnel étroit entre le requérant et l'enfant (§§ 11-12).

La Cour a relevé que « l'existence ou l'absence d'une "vie familiale" est d'abord une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens personnels étroits » et que « lorsqu'elle concerne une relation qui pourrait se développer entre un enfant né hors mariage et son père naturel, les facteurs à prendre en compte comprennent la nature de la relation entre les parents naturels, ainsi que l'intérêt et l'attachement manifestés par le père naturel pour l'enfant avant et après la naissance » (§ 36). En l'espèce, les circonstances de fait rendaient compte de l'existence de liens familiaux *de facto* qui constituaient une vie familiale protégée dès lors que le requérant et la mère avaient entretenu une relation stable et durable et que Monsieur Lebbink s'était régulièrement occupé de l'enfant (34) (§§ 39-40). Dans ce contexte, le refus de la Cour d'appel d'examiner le fond de la demande du requérant constituait une violation de l'article 8 de la Convention (§ 41) (35).

La Cour paraît donc souscrire à l'idée que, lorsqu'il existe un lien affectif entre le père biologique et l'enfant, il y a lieu de pouvoir, à tout le moins, envisager la perpétuation de cette relation, sous réserve qu'au regard de l'ensemble des circonstances pertinentes cela corresponde à l'intérêt de l'enfant.

(34) Il en avait même été brièvement le subrogé tuteur avant que cette institution soit abrogée (voy. § 8).

(35) La juge Mularoni s'est écartée de la majorité et a considéré que la relation entre le requérant et l'enfant était trop ténue pour constituer une vie familiale protégée. On relèvera encore que le 1^{er} avril 1998 était entré en vigueur un nouvel article 1:204 du Code civil permettant au père biologique de solliciter du tribunal d'arrondissement l'autorisation de reconnaître l'enfant malgré le refus de consentement de la mère (§ 18).

23. Dans les arrêts *Anayo* (36) et *Schneider* (37), rendus à l'égard de l'Allemagne respectivement le 21 décembre 2010 et le 15 septembre 2011, la Cour a réaffirmé cette exigence que la demande de contacts formulée par le père biologique puisse être évaluée *in concreto*. Ces deux affaires se distinguaient, sur deux plans, de l'affaire *Lebbink*, dès lors que, d'une part, le père biologique ne pouvait se prévaloir d'une relation effective avec l'enfant (mais avait néanmoins manifesté un intérêt constant à son égard) et que, d'autre part, l'enfant avait d'ores et déjà un père légal (dans chaque cas, le requérant avait conçu l'enfant avec une femme mariée mais séparée qui était ultérieurement retournée auprès de son mari). Comme Monsieur Lebbink, Messieurs Anayo et Schneider avaient sollicité devant les juridictions internes un droit au contact qui leur avait été refusé sans même que soit examinée l'opportunité de tels contacts.

Dans les deux affaires, la Cour a considéré que s'il n'était pas certain que la vie familiale des requérants était en cause (à défaut d'une effectivité suffisante de la relation), il était par contre avéré que l'obtention de contacts avec leur enfant respectif constituait un aspect important de leur vie privée protégée par l'article 8 de la Convention. La Cour a alors considéré qu'il [n'était] pas certain que, dans le contexte des réalités de la vie familiale au XXI^{ème} siècle, le meilleur intérêt d'enfants vivant avec leur père légal mais ayant un père biologique différent puisse être déterminé de manière générale et abstraite alors même que c'est précisément

(36) Dans l'affaire *Anayo*, le requérant avait eu une relation avec une femme mariée à partir de 2003. En 2005, cette femme avait mis un terme à sa relation avec le requérant et était retournée vivre auprès de son mari. La même année, elle avait mis au monde des jumeaux dont le requérant était le père. Il avait, à plusieurs reprises, manifesté son désir de pouvoir entrer en contact avec les enfants, mais cela lui avait été systématiquement refusé. Il s'était alors tourné vers les juridictions internes qui avaient rejeté ses demandes considérant que son seul lien biologique n'en faisait pas une « enge Bezugsperson », c'est-à-dire une personne avec qui l'enfant a des liens étroits, en sorte qu'il ne pouvait obtenir judiciairement la reconnaissance d'un droit au contact (§ 17). Ni ses droits découlant de l'article 6 de la Loi fondamentale allemande, ni ceux découlant de l'article 8 de la Convention n'étaient préjudiciés, en l'absence de vie familiale effective (§§ 19 et 21). Suivant les juridictions internes, les enfants ne connaîtraient pas leur père biologique, mais ils avaient un père légal étant le mari de leur mère avec lequel des relations existaient déjà (§ 20).

(37) Dans l'affaire *Schneider*, le requérant avait noué une relation avec une femme mariée séparée de son mari. Cette relation avait duré plusieurs années. La dame s'était trouvée enceinte et le requérant l'avait accompagnée pour plusieurs années. Le requérant avait même reconnu (non valablement) l'enfant. *In fine*, cependant, la mère avait choisi d'accueillir celui-ci dans le cadre de son mariage et avait repris la vie commune avec son mari, père légal de l'enfant. Comme Monsieur Anayo, Monsieur Schneider avait cherché à obtenir des juridictions allemandes un droit au contact dont le bénéfice ne lui avait pas été alloué.

cet intérêt qui est absolument primordial dans de telles situations» (*Schneider*, § 100) (38).

Ces deux arrêts rendent donc bien compte de ce que, sur le terrain des contacts, avec l'enfant, la Cour exige des autorités étatiques une attitude de souplesse et, en particulier, la possibilité que l'opportunité de tels contacts soit concrètement envisagée, et cela quand bien-même l'effectivité de la relation avec l'enfant serait ténue et même si l'enfant est déjà dans les liens d'une paternité légale avec un autre homme.

B. Les grands-parents

24. Les grands-parents sont également des tiers à la relation parentale qui peuvent se prévaloir d'un lien spécial à l'enfant susceptible de justifier une protection conventionnelle. Ainsi, dans son arrêt *Amanalachioai c. Roumanie* du 26 mai 2009, la Cour a validé la décision du juge interne confiant temporairement celui-ci aux grands-parents plutôt qu'au père, alors même que les capacités éducationnelles de ce dernier n'étaient pas mises en question.

L'enfant, dont la mère était décédée en 1999, vivait avec son père. En 2001, alors qu'ils recevaient l'enfant chez eux pour des vacances, les grands-parents maternels lui avaient fait savoir qu'ils n'entendaient pas lui remettre l'enfant. Il avait obtenu, dans un premier temps, une décision de référé ordonnant le retour de l'enfant, mais cette décision n'avait pas été exécutée et, subseqüemment, les juridictions nationales avaient considéré conforme à l'intérêt de l'enfant qu'il demeure auprès de ses grands-parents.

La Cour a considéré qu'il lui revenait dans cette affaire de déterminer si les autorités roumaines avaient ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'enfant, du père et, « dans les circonstances de l'affaire », des grands-parents (§ 79). Elle a aussi souligné que « seules des circonstances tout à fait exceptionnelles [peuvent] conduire à une rupture d'une partie du lien familial » (§ 81). En l'espèce, les juridictions nationales avaient rejeté la demande du père en raison du grand attachement qui existait entre l'enfant – âgé de six ans au début des procédures – et ses grands-parents (§ 89) (39). La Cour a considéré que ce motif ne

(38) Traduction libre.

(39) En plus d'allégations liées à un prétendu comportement violent (correspondant à un unique épisode où le père et les grands-parents s'étaient littéralement arraché l'enfant)

correspondait pas aux circonstances « tout à fait exceptionnelles » qui pouvaient justifier une rupture du lien familial », mais elle n'en a pas moins conclu qu'« en raison du passage du temps et de l'intégration de D. dans la famille des grands-parents, les juridictions nationales ont pu refuser "pour le moment", comme elles le notent d'ailleurs elles-mêmes, le retour de l'enfant » (§ 90). Par contre, la Cour de Strasbourg a considéré que la Convention avait été violée en raison de l'insuffisance « des mesures pour maintenir et améliorer, le cas échéant, les rapports entre le père et l'enfant » qui impliquait le « risque d'une aliénation croissante et définitive entre les deux, qui n'est aucunement à considérer comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant » (§ 100) (40).

(§ 87) et aux conditions de vie insatisfaisantes du requérant (étant entendu cependant qu'une expertise avait conclu que le foyer du requérant offrait des conditions normales pour élever un enfant) (§ 88).

(40) Dans une affaire similaire, *Lyubenova c. Bulgarie*, qui a donné lieu à un arrêt du 18 octobre 2011, la Cour a au contraire considéré que la décision de maintien de l'enfant chez ses grands-parents violait le prescrit de la Convention, au même titre d'ailleurs que l'absence de mesure de rétablissement et de réfection du lien parental parallèlement à ce maintien chez les grands-parents. En l'espèce, la requérante vivait avec son enfant chez ses beaux-parents. Le père de l'enfant s'était installé aux États-Unis où il vivait avec une autre femme. En septembre 2000, la requérante avait quitté la résidence de ses beaux-parents pour s'installer dans un appartement à Sofia où elle avait trouvé un travail. Les grands-parents avaient proposé de garder l'enfant auprès d'eux dans un premier temps, en attendant que la requérante finalise son installation. En réalité, peu de temps après son départ de chez ses beaux-parents, ceux-ci l'avaient empêché de voir son fils, alors âgé de six ans. Au moment où elle a saisi la Cour, la requérante n'avait plus vu son enfant depuis près de quatre années. La Cour a relevé que la requérante avait sollicité les services sociaux, mais que la tentative de médiation qu'ils avaient mise en œuvre avait échoué, tandis que l'injonction subséquentement formulée à l'endroit des grands-parents de l'enfant n'avait pas été respectée par eux (§ 63). Les services sociaux n'avaient pas mis en œuvre les moyens de coercition dont ils disposaient (§§ 64-65). La requérante s'était tournée vers les juridictions judiciaires et avait obtenu gain de cause en première instance, mais le tribunal régional avait réformé la décision intervenue, pour des raisons procédurales liées à la circonstance que la requérante n'agissait pas conjointement avec son mari pour solliciter le retour de l'enfant (§§ 66-67). La décision du tribunal poursuivait l'objectif *a priori* légitime de protéger les intérêts de l'autre parent (§ 68), mais à l'estime des juges de Strasbourg, il y avait lieu pour le juge interne de tenir compte de la circonstance qu'au moment de sa décision le père vivait aux États-Unis depuis plusieurs années et que durant la période qui s'était écoulée entre son départ et l'installation de la requérante à Sofia, celle-ci avait exercé *de facto* seule l'autorité parentale (§ 69). Pour ce premier motif, la Cour a considéré qu'un équilibre adéquat n'avait pas été ménagé entre les intérêts des deux parents (§ 71). En outre, suivant la Cour, la décision du juge d'appel polonais n'avait pas soigneusement soupesé les différentes dimensions de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, elle a relevé que le tribunal n'avait pointé aucun élément mettant en doute les qualités de parent de la requérante, tandis que la décision litigieuse ne comprenait aucun élément rendant compte de ce que l'aptitude des grands-parents à procurer à l'enfant un environnement propice avait été soigneusement évaluée (§§ 72-73). Le tribunal s'était fondé sur la seule désaffection de l'enfant vis-à-vis de sa mère, laquelle n'était qu'une conséquence de la séparation et n'avait par ailleurs conféré aucun caractère temporaire au maintien de l'enfant chez les grands-parents,

*

25. La Cour européenne des droits de l'homme paraît donc inviter les États à une grande souplesse lorsqu'il s'agit de définir les possibilités de *contact* avec l'enfant et même lorsqu'il s'agit d'en attribuer la *garde*. Le juge européen paraît à cet égard disposé à envisager que plusieurs adultes jouent un rôle dans la vie de l'enfant sous la seule réserve de la conformité de cette pluralité de référents à l'intérêt de l'enfant évalué *in concreto* par le juge interne. À cet égard, il est évident que les prérogatives allouées aux uns et aux autres pourront varier dans leur ampleur et dans le temps, en fonction des fluctuations de l'intérêt prééminent de l'enfant et en respectant la spécificité du statut du parent légal, dont il y a toujours lieu de protéger la relation à l'enfant.

§ 2. Parentalité et parenté : le lien socio-affectif comme fondement de la filiation

26. Les questions se présentent évidemment autrement lorsque n'est pas réclamée la simple possibilité d'entretenir des contacts avec l'enfant ou de bénéficier de sa garde, mais bien l'institution d'un lien juridique de filiation. Nous examinons, dans les lignes qui suivent, différentes affaires dans lesquelles des parents socio-affectifs dénonçaient l'impossibilité dans laquelle ils se trouvaient d'établir à l'égard de l'enfant un lien de parenté juridique, alors même que l'institution d'un tel lien correspondait au souhait de toutes les personnes concernées.

A. Le partenaire du parent

27. Dans une première série de cas, la Cour a dû décider si l'impossibilité pour le partenaire d'un parent d'établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant vis-à-vis duquel il assumait quotidiennement un rôle parental constituait une violation de la Convention. Il y a lieu de relever, à cet égard, une évolution de la jurisprudence de la Cour au terme de laquelle, en matière de filiation « non biologique », le parent socio-affectif doit être traité de la même manière, qu'il soit du sexe opposé à celui du parent biologique ou de même

ni d'ailleurs prévu quelque mesure que ce soit dans le but de renouer le lien parental (§ 74). Dans ce contexte, il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention (§ 75).

sexe que ce dernier. Par contre, l'établissement d'un lien juridique de filiation avec l'enfant de son partenaire peut être conditionné à l'existence d'un lien matrimonial, ce qui ne manque assurément pas de poser question lorsque le mariage n'est pas ouvert à tous...

I. *Le partenaire transsexuel*

28. Dans l'affaire *X, Y. et Z. c. Royaume-Uni*(41) qui a donné lieu à un arrêt de grande chambre du 22 avril 1997, les trois requérants étaient un homme transsexuel, sa compagne et l'enfant de celle-ci qu'ils élevaient ensemble (§ 12). Le premier requérant était passé du sexe féminin au sexe masculin en 1979 (§ 13) et, en 1992, sa compagne avait mis au monde un enfant à la suite d'une insémination artificielle avec donneur (IAD) (§§ 14-16). À la naissance de l'enfant (Z), les deux premiers requérants avaient tenté d'obtenir d'être enregistrés respectivement comme père et mère de l'enfant, mais il leur avait été refusé que X soit désigné comme père (§ 19)(42).

En premier lieu, la Cour a admis que les liens existant entre les trois requérants correspondaient à une vie familiale protégée (§ 37). Ensuite, ayant relevé qu'il n'existait pas de consensus européen à propos de « l'octroi » des droits parentaux aux transsexuels et que nombre de questions posées par les procréations assistées étaient controversées « en matière de filiation notamment », elle a alloué au Royaume-Uni le bénéfice d'une large marge d'appréciation (§§ 43 et 44). S'agissant du but légitime poursuivi par l'impossibilité litigieuse, la Cour a relevé qu'« il [était] de l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant » et que « l'État peut avoir de bonnes raisons de se montrer prudent dans ses réformes du droit, car il est possible que l'amendement recherché puisse avoir des conséquences indésirables ou

(41) Cour eur. D.H., arrêt *X, Y. et Z. c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997.

(42) X soulignait qu'il ne demandait pas une modification de son acte de naissance, mais bien d'être désigné comme le père de Z. À cet égard, les requérants faisaient valoir que la marge de manœuvre étatique devait être plus étroite que celle relative à la reconnaissance du nouveau sexe « compte tenu de ce qu'il [était] dans l'intérêt de l'enfant que l'être qui assume socialement le rôle de père soit également reconnu comme tel en droit » (§ 38). Pour le Gouvernement, l'affaire ne concernait pas uniquement le transsexualisme, mais soulevait également « des questions nouvelles et complexes se rapportant au traitement des enfants conçus par IAD » en sorte que « l'État défendeur devrait bénéficier d'une marge d'appréciation très étendue » (§ 39).

imprévues pour les enfants se trouvant dans la même situation que Z». (§ 47). Face à cet objectif légitimement poursuivi par l'État, la Cour a examiné les inconvénients qui découlait, suivant les requérants, de l'impossibilité que X soit désigné comme le père juridique de Z. À propos de ces difficultés, la Cour, ayant relevé que l'impossibilité d'hériter pouvait être corrigée par testament (§ 48), a souligné que « [rien n'empêchait] X de se comporter comme le père de Z en société. Ainsi, par exemple, il [vivait] avec elle, lui [apportait] un soutien affectif et financier, ainsi qu'à Y, et il [était] libre de se présenter comme son "père", à ses yeux et devant autrui, et de lui donner son patronyme » tandis qu'au surplus « il [pouvait] demander avec Y une ordonnance de garde conjointe relativement à Z, ce qui leur conférerait automatiquement l'autorité parentale à son égard en vertu du droit anglais » (§ 50).

La Cour a conclu, par quatorze voix contre six qu'« étant donné que le transsexualisme soulève des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale, ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les États contractants, l'article 8 ne saurait passer pour impliquer que l'État défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique ». Dès lors, « le fait que le droit britannique ne permette pas une reconnaissance juridique spéciale de la relation unissant X et Z ne constitue pas un manque de respect de la vie familiale au sens de cette disposition » (§ 52)(43).

(43) Deux juges ont exprimé une opinion concordante. Le juge Pettiti a ainsi ajouté que « la conclusion de la Cour [...] était donc justifiée et prudente, mais elle pouvait être complétée [...] par une prise en considération juridique, sociologique et éthique de l'ensemble du problème et de la diversité des droits et des valeurs à attribuer à chacune des personnes appelées à constituer une famille » dès lors que « la multiplication des situations familiales précaires, instables, soulève de nouvelles difficultés pour les enfants des première et seconde familles légitimes, naturelles, successives ou superposées et appellera dans l'avenir une réflexion en profondeur sur l'identité de la famille, le sens de la vie familiale à protéger au sens de l'article 8 en prenant en compte l'intérêt majeur de l'enfant et de son avenir ». De manière plus radicale, le juge de Meyer a quant à lui considéré qu'il n'y avait pas lieu « de mentionner encore une fois la prétendue marge d'appréciation de l'État » ou de « constater que, en ce qui concerne les questions à l'étude, il n'existe pas de "norme européenne" ». En effet, « il va de soi qu'une personne qui n'est manifestement pas le père d'un enfant n'a aucunement le droit d'en être reconnue comme le père ».

Les juges dissidents ont quant à eux estimé pouvoir relever un problème de cohérence dans l'attitude des autorités nationales. Ainsi, selon le juge Casadevall, « à partir du moment où l'État autorise X à subir un traitement hormonal puis, après une procédure définie et des tests psychologiques, permet et même finance une intervention chirurgicale irréversible, délivre des documents mentionnant sa nouvelle identité sexuelle, autorise Y (après avoir obtenu d'X une reconnaissance de paternité imposée par la loi) à se soumettre à

S'il doit être remis dans le contexte antérieur à l'édition de l'obligation de reconnaître le sexe modifié des transsexuels(44), cet arrêt rend bien compte des éléments à prendre en considération pour la « pesée » des intérêts lorsqu'il est réclamé qu'une relation socio-affective puisse se voir traduite dans un lien de filiation juridique : d'une part, le poids des intérêts étatiques justifiant l'impossibilité d'une telle traduction ; d'autre part, l'ampleur des désagréments effectivement subis par les protagonistes de la vie familiale considérée. En l'occurrence, les seconds ne paraissent pas en mesure de supplanter le premier, quoique six juges européens aient, alors déjà, considéré qu'en l'occurrence le respect de la vie privée et familiale impliquait la possibilité d'établir un lien de filiation. De manière particulièrement nette, le juge bulgare Dimitar Gotchev avait notamment affirmé que « puisqu'il [était] établi qu'il [existait] entre les requérants des liens familiaux de facto relevant de l'article 8 de la Convention [...] l'État devait agir de manière à permettre à ces liens de se développer et accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou aussitôt que possible après, l'intégration de l'enfant dans sa famille » et que, selon lui, « cette obligation [impliquait] pour X la possibilité d'être légalement reconnu comme le père de Z ».

une fécondation artificielle qui conduit à la naissance de Z puis d'un deuxième enfant, cet État doit en tirer les conséquences et prévoir toutes les dispositions nécessaires afin de permettre à ces personnes de vivre normalement, sans discrimination, sous leur nouvelle identité et dans le respect du droit à une vie privée et familiale » (§ 6). Suivant le juge Thór Vilhjálmsson, « Dans un pays où la législation prévoit que le partenaire d'une femme qui donne naissance à un enfant conçu par IAD peut se faire enregistrer comme le père de cet enfant, il est à l'évidence admis que les liens familiaux entre les personnes concernées ont de l'importance. Je ne vois pas pourquoi il en irait autrement en l'affaire devant la Cour, où le partenaire est un transsexuel. Partant, je conclus à la violation de l'article 8 ». Souscrivant à ce double grief d'incohérence, le juge Föghel, également dissident, insiste en outre sur l'idée que « les derniers développements intervenus en matière de reconnaissance du transsexualisme [...] donnent du poids à l'argument [...] selon lequel "On a une conscience accrue de l'importance de l'identité personnelle de chaque individu et de la nécessité de tolérer et accepter les différences entre les êtres humains. En outre, on admet de plus en plus le droit à l'intimité de la vie privée et celui de mener, dans la mesure du possible, sa propre vie sans être importuné" » et constate que « le point de vue de la majorité ne reflète pas cette évolution ». Enfin, de manière plus lapidaire, le juge Gotchev a affirmé qu'en pesant [les intérêts antagonistes], il convient de tenir compte avant tout du bien de l'enfant, quelle que soit la manière dont il a été conçu et que son « père social » soit transsexuel ou non ».

(44) Cour eur. D.H., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002.

II. Le partenaire non marié

29. Dix ans plus tard, dans un contexte différent, la Cour estimera que le respect de la vie familiale implique l'établissement d'un lien de filiation entre le parent socio-affectif et l'enfant, mais à titre « exceptionnel ». Dans cette affaire *Emonet et autres c. Suisse*, soldée par un arrêt daté du 13 décembre 2007, les requérants étaient une jeune femme, sa mère et le compagnon de celle-ci. La première requérante, Isabelle Emonet, née en 1971, avait été, à partir du divorce intervenu entre ses parents en 1986, élevée par sa mère et son nouveau compagnon. En 1994, son père était décédé (§§ 8 et 9). En 2000, alors qu'elle était âgée de vingt-neuf ans et avait quitté la résidence des deux autres requérants, elle était devenue tétraplégique à la suite d'une grave maladie. Elle avait continué à vivre séparément, mais bénéficiait des soins et de l'attention constants de sa mère et du compagnon de celle-ci qu'elle considérait comme son père. Dans ce contexte spécifique, il avait été convenu de mettre en œuvre l'adoption de la jeune femme par son beau-père afin « qu'ils puissent légalement former une véritable famille » (§ 11). L'adoption avait été prononcée le 8 mars 2001, mais, en juin de la même année, l'état civil avait informé la seconde requérante que cette adoption avait eu pour effet de rompre le lien de filiation entre elle et sa fille (§§ 13 et 14). En effet, aux termes de l'article 267 du Code civil suisse, les liens de filiation antérieurs sont rompus lors d'une adoption, sauf à l'égard du conjoint de l'adoptant (§ 15). Les requérants avaient cherché à s'opposer à cette conséquence imprévue de l'adoption. Cependant, dans son arrêt du 28 mai 2003, le Tribunal fédéral suisse avait expressément confirmé l'adéquation des règles du Code civil.

Selon la Cour, si « la logique de [la conception de l'adoption véhiculée par l'article 267 du Code civil suisse] est valable pour les personnes mineures et constitue, d'ailleurs, la solution retenue par la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe pour ce type d'adoption », elle n'était pas transposable « aux circonstances particulières de la présente affaire, qui [concernaient] une personne adulte, mais handicapée, à l'adoption de laquelle tous les intéressés [avaient] donné leur consentement libre et éclairé » (§ 80), tandis qu'en tout état de cause, l'idée selon laquelle « l'institution du mariage [garantirait] à la personne adoptée une stabilité accrue par rapport à l'adoption par un couple de concubins [n'était] plus forcément pertinente » (§ 81). Au regard de l'ensemble de ces

considérations, la Cour a conclu que « le “respect” de la vie familiale des requérants aurait exigé la prise en compte des réalités, tant biologiques que sociales, pour éviter une application mécanique et aveugle des dispositions de la loi à cette situation très particulière, pour laquelle elles n'étaient manifestement pas prévues. L'absence de cette prise en compte [avait] heurté de front les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne » (§ 86).

Ce que la Cour met en cause ici n'est donc pas tant la validité de principe de la règle suivant laquelle l'adoption coparentale est réservée aux couples mariés (quoique sa pertinence soit expressément questionnée), mais plutôt le refus des autorités internes d'y faire, en l'espèce, exception. Ainsi, nonobstant la légitimité *a priori* de la règle considérée, il aurait fallu qu'elle puisse être exceptionnellement écartée en raison de la situation extrêmement particulière des requérants (45). Ainsi, les États conservent-ils apparemment la possibilité de maintenir cette règle, pour autant qu'il puisse y être dérogé lorsque se présentent des circonstances exceptionnelles qui le réclament.

On relèvera encore deux aspects singuliers de cette décision, par rapport aux principes qui avaient pu être ébauchés dans *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*. D'un côté, les inconvénients effectivement rencontrés dans le cadre de la vie familiale – auxquels le juge européen s'était soigneusement attaché dans *X., Y. et Z.* – sont ici à peu près passés sous silence dès lors qu'il est simplement indiqué que « tous trois [avaient décidé] que le troisième requérant adopterait la première requérante, pour qu'ils puissent légalement former une véritable famille » (§ 11). De l'autre, il est étonnant que la Cour n'accorde aucun poids à la circonstance que les requérants n'étaient pas – au contraire des requérants de l'affaire *X., Y. et Z.* – absolument privés de la possibilité d'établir le lien de filiation souhaité dès lors qu'à condition de se marier, ils pouvaient mettre en œuvre l'adoption de X. par son beau-père. Dans tous les cas, il est difficile de déterminer avec précision les principes que l'on pourrait dégager de cette affaire *Emonet* tant il apparaît que son issue est liée à la spécificité factuelle de l'affaire...

(45) Une telle exigence n'est pas sans rappeler – par exemple – les affaires *Pascaud c. France* – dans laquelle il a été reproché aux juges français d'avoir « laissé des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique » (§ 68) – ou *Phinikaridou c. Chypre* – dans laquelle la Cour a dénoncé « l'application d'un délai rigide de prescription à l'exercice d'une action en recherche de paternité quelles que soient les circonstances particulières d'une affaire donnée » (§ 65).

III. Le partenaire homosexuel

30. Dans un important arrêt du 19 février 2013, la grande chambre (46) a considéré que l'impossibilité pour une femme lesbienne d'adopter l'enfant de sa partenaire constituait une violation de la Convention. Dans cette affaire *X. et autres c. Autriche*, les requérants étaient deux femmes vivant ensemble de manière stable avec l'enfant que l'une d'elles retenait d'une relation hétérosexuelle antérieure (47). En février 2005, les deux premières requérantes avaient signé une convention d'adoption de l'enfant par la compagne de sa mère et, en septembre de la même année, elles avaient sollicité que cette convention soit homologuée par le tribunal de district (§§ 11-14). Leur demande avait été rejetée en octobre 2005, dès lors qu'au titre de l'article 182, § 2, du Code civil autrichien, l'adoption considérée aurait eu pour effet de rompre le lien de filiation maternel de l'enfant en laissant subsister son lien de filiation paternel, alors que le résultat recherché était précisément la consécration d'un double lien de filiation maternel entre l'enfant et les requérantes (§ 15). Cette décision avait été confirmée en appel en février 2006 et en cassation en septembre de la même année (§§ 16-18). Les requérantes ont fait valoir, devant la Cour, que l'impossibilité dans laquelle elles se trouvaient, au titre de l'article 182, § 2, du Code civil autrichien, de mettre en œuvre une adoption coparentale constituait une violation des articles 14 et 8 combinés dès lors qu'une telle adoption était possible pour les couples hétérosexuels mariés ou non mariés (§ 58).

La Cour a considéré que la situation des requérantes n'était pas comparable au titre de l'article 14 à celle d'un couple (hétérosexuel) marié. Par contre, elle a considéré que les requérantes faisaient l'objet d'une différence de traitement par rapport aux couples hétérosexuels non mariés qui, eux, ont accès à l'adoption coparentale (§ 112) (48).

(46) Une chambre de la première section s'était, le 5 juin 2012, dessaisie au profit de la grande chambre (§ 4).

(47) L'enfant avait donc en l'occurrence un père juridique susceptible en tout état de cause de s'opposer à l'adoption. Cette circonstance n'était toutefois pas fondamentale, dès lors qu'en l'espèce, les requérantes dénonçaient l'impossibilité absolue de l'adoption envisagée.

(48) Le gouvernement autrichien a bien plaidé que c'était en réalité au regard de la circonstance que l'enfant avait un père qui n'envisageait pas de consentir à l'adoption envisagée que les juridictions internes avaient débouté les requérantes de leur demande d'adoption et qu'elles n'auraient pas décidé autrement si le candidat adoptant avait été un homme plutôt qu'une femme (§ 117). La Cour a cependant relevé qu'en réalité, les tribunaux autrichiens

Lorsqu'est en cause une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, la marge de manœuvre étatique est *a priori* étroite et l'État a la charge de prouver que l'exclusion litigieuse est nécessaire pour atteindre le but légitime (§§ 140 et 141). Suivant la Cour, il revenait en conséquence au gouvernement autrichien de démontrer « que la préservation de la famille traditionnelle, et plus précisément la protection de l'intérêt de l'enfant [commandait] d'interdire aux couples homosexuels l'adoption coparentale » (§ 141). À cet égard, elle a relevé que le gouvernement admettait qu'« en termes de personnes, les couples homosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes que les couples hétérosexuels à l'adoption » tout en alléguant « que le législateur a voulu empêcher qu'un enfant puisse avoir, du point de vue juridique, deux pères ou deux mères » (§ 142). La Cour a vu là une incohérence du système autrichien qui « admet qu'un enfant peut grandir au sein d'une famille fondée sur un couple homosexuel, reconnaissant ainsi que cette situation n'est pas préjudiciable à l'enfant » mais « prévoit explicitement qu'un enfant ne doit pas avoir deux pères ou deux mères » (§ 144). Elle estime par contre devoir reconnaître un poids important à l'argument des requérantes suivant lequel « les familles de fait fondées sur un couple homosexuel sont une réalité que le droit ne reconnaît et ne protège pas » (§ 145) dès lors, notamment, qu'elle a elle-même « fréquemment souligné l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait » (§ 145).

Dans ce contexte, la Cour a considéré que même si « la recherche d'un équilibre entre la préservation de la famille traditionnelle et

avaient rejeté la demande considérée au seul motif que l'article 182, § 2, du Code civil s'opposait en toute hypothèse à l'établissement d'un second lien de filiation maternel à l'égard de l'enfant (§§ 118-124). Elle a aussi pointé que, contrairement aux affirmations de l'État défendeur, « si la demande d'adoption [...] avait été présentée par un couple hétérosexuel non marié, les tribunaux n'auraient pas pu lui opposer une fin de non-recevoir. Ils auraient au contraire été tenus de vérifier, conformément à l'article 180a du Code civil, si cette adoption répondait à l'intérêt [de l'enfant] » (§ 125). Le gouvernement faisait aussi valoir que la disposition litigieuse n'induisait pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle dès lors que l'obstacle qui en découle empêche en réalité de manière générale n'importe quelle femme d'adopter un enfant lorsque des liens de droit sont appelés à subsister entre cet enfant et sa mère (ainsi, il aurait, par exemple, également été impossible que l'enfant soit adopté par sa tante) (§ 128). La Cour n'a pas non plus été sensible à ce deuxième argument et a expressément souligné que la relation entre deux sœurs adultes ou entre une tante et son neveu échappent *a priori* au champ d'application de la vie familiale dont le respect est garanti par l'article 8 et qu'en tout état de cause, quand bien même elles en relèveraient, les effets produits sur elles par la disposition litigieuse ne seraient pas comparables à ceux subis par un couple de femmes et l'enfant qu'elles élèvent (§ 129).

les droits des minorités sexuelles découlant de la Convention est un exercice par nature difficile et délicat » les articles 8 et 14 de la Convention avaient été violés (§§ 151 et 153).

Cette approche retenue dans l'affaire *X. et autres c. Autriche* n'est pas pleinement satisfaisante ou convaincante. Il nous semble en particulier que l'argumentaire de la Cour relatif à l'incohérence supposée du système autrichien donne l'impression que les juges européens éludent, un peu rapidement, la pertinence de la différence des sexes en matière de filiation. Il n'est pas nécessairement incohérent d'accepter et de reconnaître la parentalité homosexuelle sans pour autant choisir d'emblée l'option de l'ouverture de la filiation adoptive. Cela n'est en tout cas pas moins cohérent que d'accepter et de reconnaître les couples de même sexe, sans pour autant choisir immédiatement la voie de l'ouverture du mariage, comme la Cour l'a expressément admis dans son arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010 (49). Quoi qu'il en soit, la Cour a, dans cet arrêt, expressément affirmé que l'orientation sexuelle ne pouvait justifier un traitement différent s'agissant de l'institution d'une relation socio-affective dans un lien juridique de filiation adoptive.

On soulignera encore que, comme dans l'affaire *Emonet*, il n'a pas réellement été question des inconvénients effectivement subis par les requérants dans leur vie familiale.

IV. La corrélation du statut conjugal et de l'orientation sexuelle

31. L'arrêt *X. et autres c. Autriche* est particulièrement difficile à articuler avec l'arrêt *Gas et Dubois c. France* rendu un peu moins d'un an plus tôt. Dans cette affaire, les requérantes étaient deux femmes françaises, Valérie Gas et Nathalie Dubois, vivant en concubinage depuis 1989. À la suite d'un processus de procréation médicalement assistée avec donneur de sperme conduit en Belgique, Madame Dubois avait donné naissance à une petite fille en septembre 2000. Les deux femmes s'étaient ensuite pacées en avril 2002 (§§ 9 et 10). Quatre ans plus tard, Madame Gas avait déposé devant le tribunal de grande instance de Nanterre une requête en adoption simple de la fille de sa compagne. Le procureur

(49) Voy. G. WILLEMS, « Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. D.H., arrêt *X. et autres c. Autriche*, 19 février 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 1025-1042.

de la République s'était opposé à cette demande et, en juillet 2006, le tribunal avait refusé d'y faire droit au motif que, si les conditions légales de l'adoption étaient remplies, les conséquences de celle-ci auraient été contraires aux intentions des requérantes et à l'intérêt de l'enfant, dès lors que l'autorité parentale aurait été transférée à l'adoptante – Madame Gas – privant ainsi Madame Dubois de ses droits parentaux (§ 13) (50). La décision avait été confirmée par la Cour d'appel de Versailles (§ 15) et les requérantes avaient abandonné en cours de route la procédure en cassation qu'elles avaient initiée (§ 16) (51). Les requérantes se plaignaient d'une atteinte discriminatoire à leur droit au respect de la vie privée et familiale. L'adoption qu'elles projetaient et qui aurait permis de sécuriser la situation de l'enfant leur avait été refusée alors que, d'une part, une telle adoption est organisée au bénéfice des époux par l'article 365 du Code civil français qui prévoit le maintien des prérogatives parentales du conjoint de l'adoptant (discrimination directe) et que, d'autre part, les concubins et les pacsés hétérosexuels peuvent bénéficier de cette même possibilité en se mariant (discrimination indirecte) (§§ 42-45). Pour les requérantes, la différence de traitement dénoncée ne poursuivait aucun but légitime et « l'intérêt de l'enfant [commandait] de lui assurer la protection juridique de deux parents plutôt que d'un seul ».

La Cour a rappelé, dans son arrêt du 15 mars 2012, que la marge d'appréciation était *a priori* étroite lorsqu'était en cause une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle (§ 59) et, par contre, normalement large quand il s'agissait de mesures d'ordre général en matière économique ou sociale (§ 60). S'agissant, d'une part, du grief lié à l'existence d'une discrimination directe subie par les requérantes par rapport aux couples mariés, la Cour a signalé que « le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent » et que « l'exercice du droit de se marier est protégé

(50) Ainsi, aux termes de l'article 365 du Code civil français : « L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité [...] ».

(51) La Cour n'accueillera pas l'exception de non-épuiement des voies de recours interne soulevée par le gouvernement français dès lors qu'au regard de deux arrêts dépourvus d'équivoque rendus par la Cour de cassation française sur la même question de droit et confirmés par des arrêts du 19 décembre 2007 et 6 février 2008, le pourvoi des requérantes était voué à l'échec (Cour eur. D.H., décision *Gas et Dubois c. France*, 31 août 2010, pp. 8 à 10).

par l'article 12 de la Convention et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques » en sorte que « l'on ne [pouvait] considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les requérantes se [trouvaient] dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés » (§ 68). À propos, d'autre part, du grief lié à l'existence d'une discrimination indirecte par rapport aux couples hétérosexuels non mariés, concubins ou pacsés, qui avaient la possibilité de se marier et donc de bénéficier de l'exception prévue à l'article 365 du Code civil, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas de différence de traitement dès lors que les hétérosexuels concubins ou pacsés se voyaient opposer, comme les requérantes, le refus de l'adoption simple (§ 69) (52).

Le raisonnement de la Cour paraît entièrement centré sur une application mécanique – et circulaire – du test de non-discrimination. En effet, comment expliquer que les affaires *Gas et Dubois c. France* et *X. et autres c. Autriche* dont les contextes factuels sont très proches aient pu donner lieu à des conclusions totalement opposées ? Formellement, la différence entre les deux arrêts s'explique par la circonstance que la première affaire concernait une différence de traitement (légitimement) fondée sur le statut conjugal, comme dans *Emonet* (c'est parce qu'elle n'était pas mariée à la mère que Madame Gas ne pouvait pas adopter) tandis que la seconde concernait une différence de traitement (illégitimement) fondée sur l'orientation sexuelle (c'est par ce qu'elle était une femme que la compagne de la mère ne pouvait pas adopter). Par-delà les apparences, cependant, c'était, dans les deux cas, l'orientation sexuelle qui était en cause, dès lors que, dans *Gas et Dubois*, c'était l'homosexualité des requérantes qui les empêchait de se marier et – indirectement – de mettre en œuvre l'adoption projetée. La Cour a ici, nous semble-t-il, adopté une approche pas trop formelle qui conduit à un résultat qui peut certainement paraître incohérent (53).

(52) Le raisonnement tenu par la Cour dans cette affaire *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012 est semblable à celui mobilisé par la même formation de jugement dans la décision d'irrecevabilité *Manenc c. France* du 21 septembre 2010.

(53) L'approche de la Cour semble – nous l'avons déjà affirmé – insatisfaisante sur le plan logique, dès lors qu'effectivement l'argument suivant lequel le mariage justifie l'exclusivité de certains avantages ne paraît opposable qu'à ceux qui peuvent effectivement souscrire ce statut. L'on peut certes comprendre le raisonnement suivant lequel les époux, à raison du choix qu'ils posent de souscrire à une institution générant des droits et obligations importants, méritent d'être traités, dans certains domaines, plus favorablement que les autres couples. Il est éminemment convaincant si l'on compare le couple hétérosexuel marié à un

B. La réception de liens noués à l'étranger

32. Dans une seconde série de cas, la Cour a été amenée à évaluer l'attitude d'États qui avaient refusé de traduire dans un lien de filiation les liens juridiques noués entre un adulte et un enfant hors de leurs frontières. L'application « mécanique » des règles de droit positif a pu être vigoureusement censurée tandis qu'ont corrélativement été célébrées les vertus de la « flexibilité » et de la « progressivité ».

I. La transformation d'une kafala algérienne en adoption

33. En premier lieu, la Cour a été amenée à apprécier, à l'aune du respect dû à la vie familiale, la réception, par le système juridique français, de l'institution de la kafala. Dans l'affaire *Harroudj c. France* (54), qui a donné lieu à un arrêt du 4 octobre 2012, la requérante avait pu recueillir une petite fille prénommée Hind, au titre de la kafala, suivant une décision rendue le 13 janvier 2004 par le tribunal de Bourmedes en Algérie. Les juridictions algériennes avaient aussi autorisé le changement du nom de l'enfant en Harroudj et l'établissement de l'enfant en France (§§ 7 et 8). La requérante et la petite fille résidaient ensemble depuis le 1^{er} février 2004 (§ 9). En novembre 2006, la requérante avait sollicité l'adoption plénière de Hind en invoquant l'intérêt de l'enfant. Le tribunal de grande instance de Lyon, la Cour d'appel de Lyon et la Cour de cassation avaient tour à tour refusé de faire droit à la demande de la requérante en se fondant sur l'interdiction de l'adoption suivant la loi personnelle de l'enfant (§§ 7-14). Ainsi, l'article 46 du Code algérien de la famille disposait-il que « l'adoption (Tabanni) est interdite par la chari'a et la loi » tandis que l'article 370-3 du Code civil français prévoyait que « l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ».

couple hétérosexuel non marié qui jouit de la possibilité d'adhérer à l'institution matrimoniale. Il nous semble cependant beaucoup moins pertinent s'il s'agit de comparer le couple hétérosexuel marié au couple homosexuel non marié et qui se trouve dans l'impossibilité absolue de contracter mariage. Ainsi, suivant Paul Johnson, « the Court's approach to the question of "analogous situation" in this case will strike many people as perverse or obtuse. Refusing to compare same-sex couples in a PACS with married opposite-sex couples, when no right exists for same-sex couples to contract marriage, significantly restricts the potential for same-sex couples to advance complaints under Article 14 of the Convention » (P. JOHNSON, « Adoption, Homosexuality and the European Convention on Human Rights: *Gas and Dubois v. France* », *The Modern Law Review*, 2012, p. 1147).

(54) Cour eur. D.H., arrêt *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012.

Alors que les données de droit comparé justifiaient l'allocation d'une ample marge d'appréciation à l'État (§ 48 renvoyant aux §§ 21 et 22), la Cour a relevé que le rejet, par les juridictions internes, de la demande en adoption de la requérante traduisait au premier chef le « souci du respect de l'esprit et de l'objectif des Conventions internationales » (§ 49-50) (55). En outre, la kafala était reconnue de plein droit par l'État français et produisait des effets juridiques comparables à ceux produits par la tutelle. La requérante bénéficiait de l'autorité parentale et Hind portait son nom, tandis que l'absence d'effets successoraux pouvait être palliée par l'établissement d'un testament. Ainsi, la vie familiale effective de la requérante et de l'enfant ne paraissait pas véritablement entravée par la législation litigieuse. Au surplus, la règle de l'article 370-3 du Code civil pouvait être contournée dès lors qu'au terme d'un délai réduit, il serait possible à l'enfant d'obtenir la nationalité française et, corrélativement, d'être adoptée par la requérante (§ 51).

Dans ce contexte, la Cour a souligné que la position du droit français par rapport à la kafala était à la fois flexible et progressive. La France entendait « favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine » (§ 51). En d'autres termes, l'attitude des juridictions françaises « [respectait] le pluralisme culturel et [ménageait] un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante » en sorte que la Convention n'avait pas été violée (§ 51) (56).

Cet arrêt met en évidence que le respect manifesté à l'égard d'une institution étrangère peut justifier le refus de l'État de traduire dans l'institution spécifique de la filiation une relation parentale dont ni l'existence ni l'effectivité ne sont contestées. L'arrêt *Harroudj* présente aussi cet intérêt d'insister sur la fluidité du droit interne qui permet progressivement une intégration plus forte de la vie familiale au fur et à mesure que s'intensifie le rattachement de l'enfant au système juridique français.

(55) Ainsi, notamment, l'article 20 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant reconnaît-il expressément la kafala de droit islamique comme « protection de remplacement » au même titre que l'adoption, tandis que l'article 4a de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 prévoit qu'une adoption ne peut avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine ont établi que l'enfant est adoptable.

(56) Au regard de cette conclusion, la Cour n'a pas estimé nécessaire d'examiner séparément le second grief articulé par la requérante suivant lequel le refus de prononcer l'adoption constituait une discrimination fondée sur l'origine nationale.

II. *La réception d'adoptions étrangères non permises par le droit national*

34. Par ailleurs, la Cour a considéré contraire à la Convention l'impossibilité d'établir un lien juridique de filiation dans des hypothèses – distinctes de celle de l'affaire *Harroudj* – où un tel lien avait été valablement établi à l'étranger et où les autorités internes refusaient de le reconnaître. La position de la Cour a été d'autant plus ferme que, dans les deux affaires considérées, l'attitude de l'État défendeur ne brillait pas particulièrement par sa cohérence.

35. Ainsi, dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, une femme luxembourgeoise avait adopté une petite fille au Pérou suivant une décision rendue le 6 novembre 1996 par le tribunal de la famille de Huamanga (§ 6). Les juridictions luxembourgeoises avaient rejeté la demande d'exequatur dès lors que l'article 370 du Code civil prévoyait que les conditions requises pour l'adoption étaient régies par le droit luxembourgeois tandis que l'article 367 du même code ne permettait pas l'adoption plénière par une personne célibataire (§ 12). Les requérantes faisaient valoir que ce refus portait atteinte à leur vie familiale, dès lors que « l'enfant continue, pour les autorités luxembourgeoises, à porter son nom péruvien et est considérée comme étant à la charge, d'un point de vue fiscal, de la première requérante sans être pleinement reconnue comme sa fille » tandis qu'« une autorisation de séjour doit [...] être demandée à intervalles réguliers auprès du ministère de la Justice, autorisation qui est susceptible d'être refusée un jour » (§ 108).

La Cour a admis qu'il n'était pas « déraisonnable que les autorités luxembourgeoises fassent preuve de prudence lorsqu'elles vérifient si l'adoption a été rendue en conformité avec les règles luxembourgeoises » (§ 126). Cependant, dans un contexte où existait un assez ferme consensus européen sur l'adoption par un célibataire (§ 129) et où – surtout – le Luxembourg lui-même avait eu antérieurement une pratique de reconnaissance de plein droit des adoptions péruviennes (y compris par des femmes célibataires) (§ 130) tandis qu'une juridiction luxembourgeoise avait récemment pu statuer en faveur de la reconnaissance de l'adoption (§ 134), la Cour a décidé que la décision des juridictions luxembourgeoises omettait de tenir compte de la réalité sociale de la situation. Les requérantes subissaient, dès lors, des inconvénients dans leur vie quotidienne et l'enfant ne bénéficiait pas d'une protection juridique

lui permettant d'être intégré complètement dans sa famille (§ 132). Les juridictions luxembourgeoises ne pouvaient dès lors raisonnablement passer outre le statut juridique valablement créé à l'étranger et l'avaient cependant fait en faisant primer les règles de conflit de lois sur l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 133).

36. Dans l'affaire *Négréponti-Giannisi c. Grèce*, qui a donné lieu à un arrêt du 3 mai 2011, le requérant était un homme de quarante-cinq ans qui avait été adopté aux États-Unis par son oncle ecclésiastique alors qu'il était âgé de vingt ans et se plaignait de la non-reconnaissance de cette adoption dans l'ordre juridique grec. À dix-sept ans, Monsieur Négréponti-Giannisi était parti étudier aux États-Unis où vivait son oncle et un lien filial s'était développé entre eux. Les deux hommes avaient souhaité sceller ce lien dans une adoption qu'ils avaient mise en œuvre en mai 1984 (§§ 6-12). Après son retour en Grèce, en 1985, il était resté en contact permanent avec son père adoptif : il lui rendait visite aux États-Unis et celui-ci passait les mois d'été en Grèce. Le père adoptif du requérant était rentré définitivement en Grèce en 1996 et était décédé en 1998 à Athènes (§§ 14 et 15). Un litige successoral s'était alors noué entre le requérant et les frères et sœurs du défunt, dans le cadre duquel ceux-ci avaient demandé et obtenu que la décision d'adoption américaine soit privée d'autorité de chose jugée en Grèce, dès lors qu'une adoption par un moine était contraire aux principes de l'ordre public grec.

Dans le cadre de son analyse de la proportionnalité de la mesure litigieuse, la Cour a cependant attaché une grande importance à la nature des règles qui avaient déterminé la position du juge interne (§ 71). En effet, la décision des juridictions internes s'appuyait sur des règles ecclésiastiques héritées des septième et neuvième siècles, alors même que l'adoption du requérant avait été réalisée après l'entrée en vigueur d'une loi autorisant expressément le mariage des moines (§ 72). En outre, devant la Cour de cassation de Grèce, des juges dissidents avaient estimé qu'aucune disposition de la loi grecque ni aucun principe fondamental correspondant à une conviction sociale et religieuse ferme ne s'opposait à l'adoption par un moine (§ 73). Dans ce contexte, la Cour a considéré que, malgré la large marge d'appréciation à reconnaître aux États dans le domaine en litige (§ 69), « les motifs avancés par la Cour de cassation pour refuser de reconnaître l'adoption du requérant ne [répondaient] pas à un besoin social impérieux. Ils [n'étaient] donc pas

proportionnés au but légitime poursuivi en ce qu'ils [avaient] eu pour effet la négation du statut de fils adoptif du requérant ». Elle a donc conclu à la violation de l'article 8 de la Convention (§ 76).

37. Dans ces deux affaires, la Cour considère que l'existence d'une vie familiale corrélée à celle d'un lien de filiation adoptive valablement créé à l'étranger induit l'obligation étatique de reconnaître ce dernier dans son ordre juridique. Encore faut-il immédiatement préciser que, dans chacune d'entre elles, l'attitude des autorités étatiques n'apparaissait pas particulièrement cohérente, dès lors que, dans *Wagner*, il était apparu que des adoptions en tout point semblables à celle dont la reconnaissance était refusée avaient pu être antérieurement reconnues, tandis que, dans *Négrépontis*, les règles très anciennes qui avaient présidé à la non-reconnaissance paraissaient en contradiction manifeste avec les règles plus récentes permettant expressément le mariage des moines. Qu'en serait-il alors dans le cas où les autorités internes se prévaudraient d'un motif doté d'une plus grande puissance justificatoire, comme – par exemple – en cas de recours à la maternité de substitution ? L'État pourra-t-il dans ce cas satisfaire à ses obligations européennes en procurant à la relation nouée à l'étranger une protection sur le seul mode de l'autorité parentale ? Ces questionnements devraient recevoir des éléments de réponses dans la décision que sera amenée à rendre la Cour dans l'affaire *Mennesson* dont elle a été saisie en 2011 (57).

*

L'examen de ces quelques affaires a rendu compte, en premier lieu, de ce que la parentalité présente une certaine épaisseur dans la jurisprudence de la Convention européenne. Ainsi, lorsqu'il existe un lien socio-affectif entre un adulte et un enfant, celui-ci mérite une certaine protection qui peut se traduire par exemple dans l'octroi d'un droit au *contact* ou d'un droit de *garde*. Il est plus difficile de déterminer les circonstances qui exigent la traduction d'un tel lien socio-affectif dans un véritable lien de filiation juridique. À cet égard, la question de l'existence de véritables difficultés dans le cadre de la vie familiale apparaît pertinente, même si elle n'est pas systématiquement examinée par la Cour.

(57) Req. n° 65192/11.

Dans les affaires où le partenaire du parent réclamait la possibilité d'adopter, le contrôle de conventionalité *à in fine* généralement été opéré sous l'angle des motifs susceptibles d'être invoqués par les États pour justifier de l'impossibilité d'établir un lien de filiation. À cet égard, l'absence de mariage semble *in fine* conserver sa pertinence (*Emonet*) tandis que l'orientation sexuelle est expressément écartée (*X. et autres*). Cependant, comme nous l'avons souligné, une discrimination indirecte entre couples hétérosexuels et homosexuels reste possible, si elle est articulée à la distinction entre époux et partenaires non mariés (*Gas et Dubois*).

Cette situation n'est certes pas idéale et on peut regretter qu'un écho plus grand n'ait pas été donné aux positions exprimées par certains juges dans le cadre de l'affaire *Gas et Dubois*. Ainsi, le juge Villiger a-t-il déclaré, en marge de l'arrêt, que l'essentiel n'était pas la question du mariage homosexuel ou les questions d'adoption, mais bien l'existence d'« une discrimination qui lèse l'intérêt supérieur de l'enfant » qui devrait être écartée par l'allocation aux enfants élevés par des couples de même sexe du « meilleur des traitements offerts aux enfants nés dans le cadre d'une relation hétérosexuelle, à savoir l'autorité parentale partagée » dont il a « la conviction profonde » qu'elle « correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Sans le dire expressément, le juge siégeant au titre du Liechtenstein préconise la possibilité d'allouer, indépendamment de la question de la filiation juridique, des prérogatives relevant de l'autorité parentale aux adultes qui prennent en charge un enfant, quels que soient leur statut conjugal ou leur orientation sexuelle. On ne peut s'empêcher de penser qu'il y avait là une piste permettant d'atteindre un résultat plus conforme à l'exigence de garantie effective des droits que la divergence étrange entre les solutions respectives de *Gas et Dubois* et de *X. et autres*.

Dans les contextes où sont en cause des liens noués à l'étranger, la Cour plébiscite, après avoir constaté « l'absence d'obstacle majeur » dans la vie familiale, le respect par l'État de destination des institutions prévalant dans le pays d'origine, lorsqu'il est conjugué à la possibilité souple et progressive d'une intégration plus intense dans la famille adoptive (*Harroudi*). Si l'État peut légitimement veiller à la protection des règles qui prévalent, dans leur ordre juridique, en matière d'adoption, cette protection ne peut être mise en œuvre d'une manière incohérente (*Wagner et Négrépontis*) au détriment du statut acquis à l'étranger. Comme nous l'avons

relevé, l'inadéquation dans ces deux dernières affaires, de l'attitude de l'État pose la question de la décision qui serait prise par la Cour face à un lien de filiation juridique établi à l'étranger en fraude d'exigences légitimes du droit interne.

Ici aussi, la piste d'alternatives à la filiation, telle qu'elle est ébauchée par le juge Villiger, dans son opinion jointe à l'arrêt *Gas et Dubois*, devrait pouvoir être considérée... (58)

SECTION 3. LIEN BIOLOGIQUE ET LIEN SOCIO-AFFECTIF : LA NATURE CONTRE LA CULTURE ?

38. Lorsque les liens génétiques et socio-affectifs se répartissent entre une pluralité d'adultes réclamant chacun la conservation ou bien l'acquisition du lien de filiation, il y a lieu de s'atteler à un difficile exercice d'arbitrage des conflits de droits (§ 1). *A contrario*, est-il possible de considérer que, lorsque des individus sont liés à la fois par un lien biologique et par un lien socio-affectif, ils devraient pouvoir bénéficier d'un droit absolu à l'établissement d'un lien juridique de filiation conforme à cette double réalité (§ 2) ?

(58) Alors que cette contribution était au stade de la relecture des épreuves, la Cour a rendu, le 26 juin 2014, son arrêt *Mennesson c. France*. Elle y a affirmé à propos de la non-reconnaissance des liens de filiations établis aux États-Unis ensuite d'un processus de gestation pour autrui qu'« il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire » mais « que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté ». L'affaire posait en conséquence « une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant » (§ 99). La Cour a, dans ce contexte conclu à la violation de la Convention, mais en centrant expressément son analyse et le constat de violation subséquent sur l'existence d'un lien biologique entre l'un des parents d'intention et l'enfant. Ainsi, a affirmé la Cour, « l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant » et « au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt *Jaggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance ». Dès lors, « compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérants », la Cour a conclu qu'« en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur [était] allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation » (§ 100).

§ 1. La concurrence entre le lien biologique et le lien socio-affectif

39. Comment la Cour appréhende-t-elle les situations où les deux dimensions de la filiation sont réparties entre deux adultes qui se disputent la filiation juridique de l'enfant ? Il convient à cet égard de distinguer la situation où le titre légal correspond au lien socio-affectif et est entrepris par le parent biologique (A) et celle où, au contraire, le titre légal correspond à la réalité biologique et est mis en cause par un parent socio-affectif (B).

A. Quand le titre légal correspond au lien socio-affectif : la contestation de la reconnaissance de paternité

40. Ayant relevé l'émergence d'une certaine tendance européenne à permettre la contestation de la paternité reconnue, les juges européens refusent les situations dans lesquelles il n'est pas possible d'arbitrer *in concreto* l'intérêt de l'enfant (59), mais admettent que les juridictions nationales rejettent toute velléité de contestation lorsqu'il existe un lien socio-affectif entre l'enfant et son parent légal.

Tel est l'enseignement de l'affaire *Ahrens c. Allemagne* qui a donné lieu à un arrêt du 22 mars 2012. Le requérant avait eu à plusieurs reprises des relations sexuelles avec une femme (P) en couple avec un autre homme (M). En décembre 2004, P avait annoncé au requérant qu'elle était enceinte et, en juin 2005, M avait procédé, avec son consentement, à la reconnaissance de l'enfant à naître (§§ 6 et 7). L'enfant était né en août 2005 et le requérant avait, en octobre de la même année, mis en cause, devant les juridictions allemandes, la filiation établie par reconnaissance (§ 8). En mars 2007, une expertise judiciaire avait établi qu'il y avait 99,99 % de probabilité que le requérant soit le père biologique de l'enfant (§ 14) et, en première instance, il avait obtenu que la paternité reconnue

(59) Dans un arrêt *Rozanski c. Pologne* rendu le 18 mai 2006, la Cour avait considéré que l'impossibilité pour le père biologique de contester la reconnaissance à laquelle il avait été procédé par un autre homme ne rencontrait pas les standards conventionnels. En l'occurrence, les juridictions internes avaient écarté la demande du requérant par simple référence à la reconnaissance à laquelle avait procédé le nouveau compagnon de la mère avec le consentement de celle-ci, sans que soient nullement prises en considération les circonstances factuelles de l'affaire et sans que soient mis en balance l'intérêt du requérant en tant que père biologique supposé et ceux de la famille constituée ensuite de la reconnaissance litigieuse (§§ 77-78).

soit anéantie et que sa propre paternité y soit substituée (§ 16). Cette décision avait cependant été réformée par la Cour d'appel de Berlin qui avait considéré qu'à raison du lien social et familial entre M et l'enfant, le requérant n'avait pas le droit de contester sa paternité (§ 17). En mai 2009, la Cour constitutionnelle fédérale avait refusé d'examiner le recours articulé par le requérant (§ 21). Devant la Cour, Monsieur Ahrens faisait valoir que le refus des juridictions internes de lui permettre de contester la paternité reconnue et d'y substituer sa propre paternité constituait une violation de son droit au respect de la vie privée et familiale (§ 29).

Après avoir considéré que le refus opposé au requérant ne concernait pas sa vie familiale (§ 59), mais bien sa vie privée (§ 60), la Cour a relevé que la décision des juridictions allemandes poursuivait l'objectif légitime de protéger « l'unité familiale » constituée par P, M et l'enfant (§ 62). S'agissant de la marge de manœuvre à concéder à l'Allemagne, la Cour a relevé qu'il existait parmi les États parties « une certaine tendance » à permettre au père biologique de contester la paternité légale dans des circonstances semblables à celle de l'espèce. Pour autant, cette tendance ne correspondait pas à un consensus établi susceptible de réduire de manière décisive la latitude à reconnaître à l'État défendeur (§§ 69 et 70) (60). La Cour a souligné que le droit allemand ne prévoyait pas une impossibilité absolue de contester la reconnaissance mais protégeait la paternité reconnue dès lors que, comme en l'espèce, il existait un lien socio-affectif entre le père légal et l'enfant. Par ailleurs, le requérant ne réclamait pas seulement un droit au contact, mais bien la paternité juridique à l'égard de l'enfant qui va beaucoup plus loin que la simple recherche de contacts avec l'enfant (§§ 67 et 74) (61). Dans ce contexte, la Cour a considéré que le refus opposé par les juridictions allemandes à la demande du requérant

ne dépassait pas la marge d'appréciation dont bénéficiait l'Allemagne (§ 75) (62).

B. Quand le titre légal correspond au lien biologique

I. L'adoption par le nouveau partenaire du parent

41. La Cour a été amenée, à plusieurs reprises, à connaître des situations où un enfant avait été adopté par le nouveau partenaire de vie de l'un de ses parents, et ce, contre le consentement de l'autre parent. Dans ce contexte la Cour a posé comme exigences essentielles, d'une part, la rupture du lien affectif entre le parent d'origine et l'enfant, d'autre part, l'existence *a contrario* d'un lien affectif entre l'adoptant et l'enfant. À cet égard, c'est tant la filiation paternelle que la filiation maternelle qui peut faire l'objet d'un transfert du parent biologique vers le parent socio-affectif.

42. Dans l'affaire *Söderback c. Suède*, qui a donné lieu à un arrêt du 28 octobre 1998, le requérant avait eu une fille avec une amie. L'enfant était née en septembre 1982 et le requérant – qui avait un problème d'alcool – l'avait rencontrée ponctuellement et avait assisté à son baptême (§§ 6 et 7). Tant le requérant que la mère de l'enfant s'étaient installés avec une autre personne (§§ 8 et 9). Des contacts ponctuels avaient continué à intervenir, mais le requérant, en souhaitant davantage, avait demandé l'aide des services sociaux (§§ 10 et 11). En novembre 1988, le mari de la mère de l'enfant avait sollicité l'autorisation d'adopter l'enfant (63), malgré le refus du requérant de consentir à semblable adoption (§ 12). En décembre 1989, le tribunal avait – malgré un avis en sens inverse émis par le conseil social de Nyköping (§ 13) (64) – fait droit à

(62) Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Kautzor c. Allemagne*, 22 mars 2012.

(63) Qui était alors âgée de six ans.

(64) Aux termes du paragraphe 13 de l'arrêt, le rapport contenait les remarques suivantes : « Les enquêteurs sont d'avis que [M.], comme tous les enfants, a le droit de connaître ses origines. Il est également important qu'elle en soit informée le plus tôt possible. Dès lors, nous ne partageons pas l'opinion de [K.W.] et [M.W.] selon laquelle il est préférable pour [M.] d'attendre. Au contraire, nous croyons que selon toute probabilité, le fait de dire à [M.] à l'adolescence ou à l'âge adulte que [M.W.] n'est pas son père naturel sera pour elle une expérience traumatisante. Nous estimons également que [M.] a le droit de connaître son père et la famille de celui-ci. Nous ne partageons pas les craintes de [K.W.] et [M.W.] que [M.] s'éloigne de [M.W.], tout en sachant qu'il serait naturel qu'elle réagisse d'une façon ou d'une autre. Toutefois, nous sommes d'avis qu'il pourrait être bénéfique pour [M.] de connaître son père et la famille de celui-ci. L'amour filial qu'elle ressent pour [M.W.] n'en sera pas pour autant altéré et [M.W.] demeurera probablement toujours le père de [M.] sur le plan psychologique. Les enquêteurs considèrent qu'il ne s'agit pas de dire quel est le « meilleur » père, mais qu'il

(60) « It appears from the comparative research undertaken by the Court (see §§ 27 – 28 above) that a majority of fifteen out of twenty-six Council of Europe Member States would allow a presumed biological father to challenge the legal paternity of a third party established by acknowledgment, even where the legal father lived with the child in a social and family relationship. By contrast, in a substantial minority of nine Member States the presumed biological father does not have the standing to contest the paternity of the legal father. In two further States the presumed biological father may not contest paternity if the child has lived in a social and family relationship with the legal father for a period of at least four or five years, respectively » (§ 69).

(61) « [A] fundamentally different and more far-reaching objective than the mere establishment of biological paternity for the purposes of having contact with the child concerned and information about that child's development ».

cette demande (§ 14). Cette décision avait été confirmée en degré d'appel (§ 15).

La Cour a relevé d'emblée – en renvoyant à *Keegan* (65) – que la décision interne constituait une ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie familiale (§ 25) et que cette ingérence poursuivait le but légitime de protéger les droits et libertés de l'enfant (§ 26).

Ainsi, si la rupture des contacts était, dans une certaine mesure, due à l'attitude de la mère et aux problèmes personnels du requérant, il n'en restait pas moins que lorsque lesdits problèmes avaient été réglés, le requérant avait attendu plusieurs années avant de demander aux services sociaux de l'aider à obtenir un droit de visite. Par contre, l'enfant vivait avec son père adoptif depuis qu'il avait huit mois et le considérait comme son père de sorte qu'il existait des liens familiaux *de facto* entre le père adoptif et l'enfant depuis six ans et demi au moment de l'adoption (§§ 32 et 33). Ayant encore relevé, sur le plan procédural, que le juge interne avait pris en compte non seulement l'enquête menée par le conseil social mais aussi les témoignages en audience du requérant et du père adoptif de manière telle qu'il était « mieux placé que les juges européens pour établir un juste équilibre entre les intérêts contradictoires en présence », les juges européens ont conclu, unanimement, à l'absence de violation de la Convention (66).

43. Dans sa décision *Kuijper c. Pays-Bas* du 3 mars 2005, la Cour a à nouveau considéré que les juridictions internes n'avaient pas violé la Convention en accueillant, en 1998, la demande d'adoption (67) d'un enfant par la nouvelle épouse de son père, malgré le veto opposé par la mère biologique. En l'espèce, celle-ci avait manifesté peu d'intérêt pour sa fille depuis la séparation du couple parental – en 1985 – et avait notamment résidé durant plusieurs années à l'étranger. La jeune fille, qui souffrait d'un problème d'audition, avait été éduquée depuis l'âge de quatre ans par son père et sa belle-mère qu'elle considérait comme sa véritable mère. Elle était par ailleurs favorable au projet d'adoption. Pour les juridictions internes, qui s'appuyaient sur les décisions rendues par

s'agit plutôt du droit de connaître et de rencontrer ses ascendants. Nous ne jugeons donc pas qu'il convienne d'appuyer la demande d'adoption de M. formulée par M.W.»

(65) Voy. *supra*, note 7.

(66) Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Chepelev c. Russie* du 26 juillet 2007.

(67) L'enfant était alors âgée de dix-sept ans.

la Cour suprême dans des affaires similaires, la mère de l'enfant, en s'opposant à l'adoption projetée, abusait du droit de veto qui lui était reconnu par l'article 1 :228 du *Burgerlijk wetboek*. En outre, le 1^{er} avril 1998, quelques jours après la demande d'adoption, était entrée en vigueur une loi insérant expressément dans la disposition considérée la possibilité de prononcer l'adoption sans le consentement d'un des parents.

La requérante estimait que l'ingérence – non contestée – dans sa vie familiale n'était pas prévue par la loi. Elle arguait, en premier lieu, que le droit de veto était absolu et, en second lieu, que la mise en œuvre du mécanisme de l'abus de droit ne rencontrait pas l'exigence de prévisibilité. La Cour a relevé, d'un côté, que depuis 1994 au moins les juridictions internes mettaient en œuvre cette solution qui avait par la suite été coulée dans les termes d'une loi. Elle a souligné, de l'autre, qu'« un problème de prévisibilité [pouvait] seulement surgir au sens de la Convention si l'établissement des faits ou du droit [était] manifestement déraisonnable ou arbitraire » et, dès lors que tel n'était pas le cas en l'espèce, il y avait lieu de conclure que l'ingérence litigieuse était prévue par la loi au sens de la Convention. En outre, a poursuivi la Cour, la décision critiquée avait pour but de protéger « la santé et la morale » et « les droits et libertés » de l'enfant, de son père et de sa belle-mère. En rappelant que les autorités nationales avaient le bénéfice de contacts directs avec toutes les personnes concernées et qu'il y avait lieu de reconnaître une importance particulière à l'intérêt de l'enfant, la Cour a considéré, unanimement, que les juridictions néerlandaises n'avaient pas, en l'occurrence, outrepassé leur marge d'appréciation.

44. Dans l'affaire *Eski c. Autriche*, soldée par un arrêt du 25 janvier 2007, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 après avoir examiné attentivement les motifs de la décision rendue par les juridictions nationales. La demande d'adoption avait été introduite en juillet 2001, alors que l'enfant, née en 1993, avait huit ans.

Ayant rappelé les principes dégagés dans sa jurisprudence (§§ 34-37), la Cour a relevé que l'enfant avait neuf ans et demi au moment de l'adoption et avait vécu exclusivement avec sa mère depuis l'âge de deux ans. Le père avait vu son droit de visite supprimé en raison de son agressivité à l'égard de la mère et ne contribuait d'aucune autre manière à l'éducation de l'enfant. Les

contacts entre le requérant et sa fille étaient peu fréquents et limités. La petite avait vécu avec son père adoptif – le mari de sa mère – depuis ses six ans de manière telle que l'adoption avait consolidé et officialisé un lien familial préexistant (§§ 38 et 39). Enfin, sur le plan de la procédure, la Cour a souligné que les juridictions autrichiennes avaient prononcé l'adoption après avoir recueilli et examiné les points de vue de l'enfant, du père adoptif et de la mère. L'enfant avait d'ailleurs pu préciser qu'elle considérait son père adoptif comme son père et qu'elle était favorable à l'adoption. Un avis positif des services sociaux avait également été émis. Le père avait eu l'occasion de s'exprimer, mais s'était abstenu de le faire (§§ 40 et 41).

Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Cour a considéré – par cinq voix contre deux – que les autorités autrichiennes avaient aménagé un équilibre adéquat entre les différents intérêts en jeu (68). La Cour se départissait donc de l'unanimité qui avait présidé jusqu'alors aux décisions rendues dans ce type d'affaires (69).

Quelles sont les raisons qui ont conduit les deux juges dissidents – les juges Tulkens et Spielmann – à considérer qu'il y avait lieu pour la Cour de censurer la décision des juges autrichiens ? Selon eux, les raisons invoquées par les juridictions internes n'étaient pas pertinentes et suffisantes pour justifier l'ingérence dans les droits du requérant. L'essentiel semble être, à leurs yeux, que si les contacts entre le requérant et son enfant étaient limités, ce n'était pas par manque d'intérêt. Il s'ensuivait qu'à leur avis, l'affaire *Exki* se distinguait des affaires *Söderback* et *Kuijper* dans lesquelles « le parent concerné avait accepté l'absence de contact avec son enfant durant plusieurs années » (§ 4). Certes, en l'espèce, le père s'était montré agressif et violent et avait interféré dans la relation entre la mère et l'enfant et c'est à bon droit que les juges nationaux avaient considéré que le requérant avait agi « en contrariété avec les valeurs de la famille ». Cependant, pour eux, les événements considérés ne revêtaient pas une gravité suffisante pour rompre le lien entre le requérant et son enfant contre sa volonté. Bien sûr, les juridictions autrichiennes avaient considéré que l'adoption était dans l'intérêt de l'enfant, mais il y avait lieu,

(68) Voy. cependant l'opinion dissidente des juges Tulkens et Spielmann.

(69) Voy. *Söderback* et *Kuijper*, *supra*, n° 42 et 43.

pour mettre en œuvre une solution allant aussi loin, de respecter une procédure méticuleuse après avoir essayé d'autres options.

II. L'adoption par les parents d'accueil

45. Dans un contexte semblable – à la différence près que l'enfant avait été adopté par une famille d'accueil et non par le compagnon de l'un de ses parents –, un dernier arrêt doit encore être mentionné : l'arrêt *Zambotto Perrin c. France*, prononcé le 26 septembre 2013 (70). Dans cette affaire, la Cour a conclu, à l'unanimité, que l'État n'avait pas outrepassé sa marge d'appréciation en considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait le prononcé de son adoption plénière malgré le refus de consentement de la mère et que le droit au respect de la vie familiale de cette dernière n'avait pas été méconnu.

La requérante avait donné naissance à un enfant hors mariage et sollicité, dans un premier temps, le bénéfice du secret de la naissance. L'enfant avait dès lors été admis comme pupille de l'État, à titre provisoire, et confié à l'Aide sociale à l'enfance. Deux mois après avoir accouché, la requérante était revenue sur sa décision et avait reconnu sa fille. Souffrant de troubles psychologiques importants, elle avait ensuite été hospitalisée à de multiples reprises et placée sous curatelle. En raison du désintérêt de la requérante pour sa fille, les juridictions internes avaient prononcé une déclaration d'abandon, conformément à l'article 350 du Code civil français, et avaient autorisé, un an après, l'adoption plénière de l'enfant. La requérante se plaignait devant la Cour de ce que ces décisions emportaient la violation de son droit au respect de sa vie familiale.

Les éléments de fait relatifs à l'absence de manifestation d'intérêt de la requérante pour sa fille ont joué un rôle déterminant dans cette affaire. La Cour relève à cet égard que le lien familial qui s'était noué entre la requérante et sa fille pouvait être qualifié de « ténu » (§ 97) et que la requérante « n'avait pas investi le lien de filiation de manière significative » (§ 101). La Cour relève ainsi que « [l]es seules manifestations d'intérêt pour l'enfant ont consisté, d'après les pièces fournies à la Cour, en une reconnaissance du lien de filiation le 15 novembre 2002, une visite à l'enfant le 28 janvier 2003, l'envoi d'une carte accompagnée d'un

(70) Cour eur. D.H., arrêt *Zambotto Perrin c. France*, 26 septembre 2013.

colis d'anniversaire le 16 septembre 2004, et la déclaration d'appel formée le 22 octobre 2008 ». S'agissant de la nature de la relation parent-enfant, la Cour rapproche les faits de l'espèce de ceux dont elle avait eu connaître dans l'affaire *Söderbäck*, sous réserve de ce que dans cette dernière affaire, les visites du père avaient été plus nombreuses, et leur relative rareté étaient autant dues aux restrictions portées par la mère qu'aux difficultés personnelles du requérant (§ 98).

La Cour constate par ailleurs que l'État a suffisamment rempli son obligation de favoriser le développement du lien familial. À cet égard, elle souligne « qu'il n'est pas allégué que les autorités internes auraient, d'une quelconque manière, fait obstacle aux rencontres entre la requérante et G. Au contraire, il est constant que les visites sollicitées par la mère ont été rendues possibles, soit par le service de l'Aide sociale à l'enfance [...] soit par le juge des enfants [...] » (§ 100).

Ces éléments conduisent la Cour à considérer, à l'unanimité, qu'aucune violation du droit de la requérante à une vie familiale n'avait été commise en l'espèce. Pour la Cour, compte tenu du comportement de la mère et de la quasi-absence de manifestations d'intérêt pour sa fille, les autorités locales avaient pu estimer qu'il était déraisonnable, du point de vue de l'intérêt de la mineure, de maintenir plus longtemps la situation d'abandon et de prise en charge provisoire. La Cour a estimé par ailleurs que l'État n'avait pas davantage outrepassé sa marge d'appréciation en autorisant l'adoption plénière (§ 110), considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant était de voir sa situation personnellement stabilisée et sécurisée par l'établissement d'un lien légalement reconnu avec sa famille nourricière, étant observé que l'enfant était alors âgé de trois ans et demi et qu'elle n'avait vu qu'une seule fois sa mère naturelle (§ 108).

*

Dans les situations de conflits à propos de la filiation, on retiendra de ce qui précède que le titre légal de parent conjugué à un lien affectif effectif peut légitimement primer les velléités éventuelles du père biologique (pour autant que l'effectivité d'une relation affective soit vérifiée *in concreto* dans le chef du parent légal). En sens inverse, le titre légal de parent combiné au lien biologique n'est pas en mesure de faire obstacle au transfert de la filiation

dans le chef du parent social (pour autant que la disparition de la relation affective avec le parent légal soit vérifiée *in concreto* dans le chef du parent légal).

*§ 2. La convergence des liens biologique et socio-affectif :
un droit absolu à l'établissement de la filiation ?*

46. Lorsqu'un adulte réunit à l'égard d'un enfant les qualités de parent biologique et de parent socio-affectif, la Convention garantit-elle un droit absolu à l'établissement d'un lien de filiation ?

47. L'on sait, à cet égard, que, dans l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, la Cour avait considéré que l'alternative devant laquelle se trouvait la mère naturelle (soit reconnaître son enfant et le léser au plan patrimonial, soit renoncer à nouer avec lui un lien juridique pour conserver la possibilité de disposer en sa faveur) contrecarrait et entravait le développement normal de la vie familiale de sorte que le droit national ne procurait pas aux individus une protection juridique rendant possible, dès la naissance, l'intégration de l'enfant dans sa famille (§ 36). Cette exigence fondatrice exprimée dans ce célèbre arrêt a été constamment réaffirmée par la Cour. Il reste alors à déterminer si, lorsqu'existe un lien à la fois biologique et socio-affectif, l'intégration de l'enfant dans la famille induit nécessairement l'établissement d'un lien juridique de filiation.

Dans l'arrêt *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, la Cour avait considéré contraire à la Convention la situation d'un enfant adultérin *a patre* dont la filiation maternelle était établie, mais dont la filiation paternelle ne pouvait l'être. Dans un contexte où, au surplus, il n'existait pas d'alternative en termes de tutelle, de légitimation ou d'adoption (§§ 27-33), la Cour a expressément affirmé que « le développement normal des liens familiaux naturels entre les deux premiers requérants et leur fille [exigeait] que cette dernière soit placée, juridiquement et socialement, dans une position voisine de celle d'un enfant légitime » (§ 74). Dix ans plus tard, dans l'arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994, les juges européens ont considéré contraire aux exigences de l'article 8 la situation d'un enfant adultérin *a matre* dont la filiation paternelle était établie par présomption à l'égard du mari de la mère ne pouvait être contestée que par ce dernier (dont on ignorait le lieu de résidence). En conséquence, le lien biologique autant qu'affectif

existant entre le compagnon de la mère et l'enfant ne pouvait être traduit dans un lien juridique de filiation et la Cour a considéré que l'État avait, en l'espèce, méconnu son obligation « d'autoriser aussi rapidement que possible la formation de liens familiaux légaux complets » (71).

Là où la référence, dans *Johnston*, à une « position voisine » de celle d'un enfant légitime pouvait laisser entendre que des mécanismes alternatifs à la filiation pouvaient éventuellement suffire au « développement normal » des liens familiaux, l'exigence, dans *Kroon*, de la possibilité de former des « liens familiaux complets » paraissait plutôt accréditer l'idée d'un droit à l'établissement d'un lien de filiation à proprement parler.

48. Il reste qu'un arrêt *Chavdarov c. Bulgarie* du 21 décembre 2010 paraît relativiser assez substantiellement les exigences qui paraissent se dégager de ces importants précédents. En l'espèce, le requérant était un homme qui avait vécu avec une femme mariée à un autre homme entre 1989 et 2002. Il avait eu avec cette femme trois enfants nés respectivement en 1990, 1995 et 1998. En 2002, sa compagne l'avait quitté et s'était établie avec un autre partenaire. Depuis cette date, il vivait avec les trois enfants (§§ 5-7). En 2003, il avait pris contact avec un avocat en vue d'obtenir la reconnaissance de sa paternité. Celui-ci lui avait toutefois fait savoir que le droit bulgare ne lui offrait à cet égard aucune possibilité dès lors que le droit de contester la paternité du mari n'était prévu qu'au bénéfice du père présumé et de la mère de l'enfant (§§ 8 et 9). Devant la Cour, Monsieur Chavdarov faisait valoir que l'impossibilité d'établir sa filiation à l'égard des trois enfants constituait une atteinte injustifiée à son droit au respect de la vie familiale (§ 26).

Ayant considéré qu'il existait, en l'espèce, une vie familiale protégée par l'article 8 de la Convention (§ 45), la Cour a relevé que « dans le processus de réglementation dans le domaine de la filiation paternelle et du renversement de celle-ci, les choix du législateur national entre telle et telle solution sont délicats à opérer et qu'ils peuvent être influencés par des considérations d'ordre différent – moral, éthique, social ou religieux » (§ 46) et qu'il n'existait pas d'« approche commune dans la législation de vingt-quatre pays signataires de la Convention quant au point de savoir si le père biologique doit être autorisé à contester la filiation paternelle

présomptive de ses enfants naturels » (§ 47). La Cour a alors procédé à un découplage de l'effectivité de la vie familiale et de sa traduction dans le lien juridique de filiation qui paraît totalement opposé à l'approche retenue dans l'affaire *Kroon*. En premier lieu, la Cour a relevé que la vie familiale *de facto* du requérant et de ses enfants n'avait jamais été « empêchée » ou « menacée » tandis que le « but même de la contestation de la filiation paternelle présomptive par le père biologique » était « d'établir des relations personnelles et familiales avec les enfants » (§§ 49 et 50). En second lieu, la Cour a estimé, à propos des problèmes rencontrés par Monsieur Chavdarov dans la prise en charge quotidienne des enfants, que « le droit interne offrait au requérant des possibilités pour pallier ces inconvénients » (§ 51).

Alors qu'un lien uniquement biologique ou exclusivement socio-affectif conduit parfois la Cour à exiger de l'État la possibilité d'établir un lien de filiation juridique, la Cour paraît relativiser fortement l'exigence conventionnelle de cette même possibilité lorsque les qualités de parent biologique et d'éducateur sont réunies dans le chef de la même personne. Est-il acceptable qu'au nom de la protection de la présomption de paternité du mari (laquelle était en l'espèce un « titre nu » ne correspondant à aucune réalité quelconque) un homme qui est à la fois le père biologique et le (seul) parent socio-affectif d'un enfant ne puisse pas établir un lien juridique de filiation ?

En réalité, la décision atteinte dans l'affaire *Chavdarov* semble reposer en grande partie sur la circonstance que le requérant avait tout de même la possibilité d'adopter les enfants (sans le consentement des parents) et d'en devenir en conséquence le père juridique (§ 53) ou bien de mobiliser d'autres options, comme le placement, pour aménager la quotidienneté de leur prise en charge (§ 52). En outre, les enfants conservaient, quant à eux, la possibilité de contester, s'ils le souhaitaient, la paternité du mari de leur mère. Il semble donc que c'est au titre de l'existence de voies alternatives que la Cour a décerné à la Bulgarie un brevet de conventionnalité (§ 55). Il n'en reste pas moins qu'il est singulier pour un père biologique et affectif de devoir procéder à l'adoption de ses enfants, alors même qu'il est le seul adulte à en assurer la prise en charge quotidienne...

Enfin, dans un contexte où la Cour a pu affirmer – dans *Ahrens* – que la volonté d'établir sa paternité juridique à l'égard de l'enfant

(71) Cour eur. D.H., arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, § 36.

va beaucoup plus loin que la simple recherche de contacts avec celui-ci, il est surprenant de lire — dans *Chavdarov* — que le « but même de la contestation de la filiation paternelle présomptive par le père biologique » est « d'établir des relations personnelles et familiales avec les enfants ».

CONCLUSION

49. L'examen de jurisprudence proposé ici ne prétend pas à l'exhaustivité. Nous avons seulement tenté de mettre en exergue différentes affaires significatives sur le plan des origines, de la parentalité et de la parenté et surtout des relations entretenues par ces trois éléments. Nous proposons ici, pour terminer, quelques conclusions timides et provisoires relatives à ces questions épineuses et dont les multiples aspects sont imbriqués d'une manière particulièrement complexe.

Il est clair que les concepts d'origines, de parentalité et de parenté recouvrent des réalités distinctes dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ainsi, le juge européen a-t-il pu parfois expressément souligner que la recherche des origines se distinguait de l'établissement de la filiation (*Odièvre*), de même qu'il a pu pointer que rechercher le contact avec un enfant était autre chose que souhaiter en endosser la filiation (*Ahrens*).

Il y a cependant lieu de relever aussitôt des inconstances dans la prise en compte de cette différence. Ainsi la Cour a-t-elle pu adopter parfois des positions traduisant une certaine confusion entre les origines et la filiation (dans les affaires *Mikulic* ou *A.M.M.* par exemple), comme entre la parentalité et la parenté (dans l'affaire *Chavdarov*). Dans un contexte où les spécialistes de droit de la famille consacrent des efforts considérables à la réflexion sur les rapports entretenus entre les dimensions biologiques et socio-affectives qui sous-tendent l'institution juridique de la filiation, nous ne prendrons pas ici le parti de critiquer ces fluctuations de la jurisprudence européenne, même si l'on peut assurément souhaiter que la Cour veille constamment dans sa jurisprudence future à bien démêler les questions.